

Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**A Vinculação das Sociedades Transnacionais aos Direitos
Humanos**

Pedro Miguel da Silva Cruz

Dissertação de Mestrado com vista à obtenção de grau de Mestre

Orientada pelo Professor Doutor Rui Guerra da Fonseca

Mestrado em Direito e Prática Jurídica

Especialidade em Direito Internacional e Relações Internacionais

Lisboa, julho de 2018

*A todos os que me apoiaram nestes anos de curso,
mas muito especialmente aos meus pais, namorada e orientador.*

Resumo

Este trabalho tem como principal objetivo demonstrar a evolução da importância das sociedades transnacionais no panorama político e económico internacional bem como na garantia do respeito pelos Direitos Humanos para podermos perceber a necessidade de se avançar com um esforço legislativo no sentido de tornar efetiva a vinculação das sociedades transnacionais aos direitos humanos. Esta necessidade surge da articulação entre a crescente importância social das sociedades transnacionais, por empregarem muito milhares de cidadãos e terem um potencial de violação de direitos humanos muito grande e com a insuficiência dos mecanismos existentes para garantirem o efetivo respeito dos direitos humanos bem como do acesso à justiça por quem viu os seus direitos violados.

Por outro lado assistimos hoje em dia a uma crescente preocupação internacional com a garantia do respeito pelos direitos humanos nas práticas corporativas, como tal existe um Grupo de Trabalho que pretende a realização de uma convenção internacional sobre esta questão e como tal pediu contribuições estatais bem como de organizações não governamentais; destas contribuições retira-se uma grande vontade internacional em se avançar para esta convenção bem como um reforçar de que ela de facto é necessária.

É igualmente importante dizer que estamos perante uma questão no direito internacional que é controvertida, a aplicação de direito internacional a sujeitos de direito privado, nomeadamente sociedades comerciais que creio que se justifica que se responda afirmativamente a esta questão; outra questão que abordo é o carácter marcadamente político do direito internacional que pode influenciar o desfecho das negociações e o futuro desta questão; no entanto as lições foram retiradas e o modelo da Sociedade das Nações não se voltará a repetir e serão pensados todos os interesses que se sentam à mesa das negociações.

Por fim dizer que esta está longe de ser uma matéria dada como adquirida, existem ainda muitas questões e muitos desafios que necessitam de ser considerados, mas no geral creio que existe uma necessidade e uma vontade e assim está tudo pronto para que se avance e se elabore uma convenção que vincule as sociedades transnacionais aos direitos humanos.

Palavras-Chave

Direitos Humanos – Sociedades Transnacionais – Direito Internacional – Justiça – Estado

Abstract

This work has a main objective that is demonstrate the evolution of the transnational corporations importance in the international political and economic prospect as well as the guarantee of the respect for the Human Rights, so that we can understand the necessity to advance with a legislative effort to make sure that Transnational corporations are under the human rights scope. This need arises from the articulation between the growing social importance of transnational corporations, mainly because they employ many thousands of citizens and have a great potential for human rights Violations, and the ilack of mechanisms to ensure the effective respect of human rights as well as the access to justice for those who saw their rights violated.

On the other hand, we are now witnessing a growing international concern about ensuring respect for human rights in corporate practices. As such a Working Group was created to ensure that an international convention on this issue was created and for that contributions were requested to states as well as to non-governmental organizations; of these contributions, there was a great international willingness to move towards this Convention as well as to reinforce that it is in fact necessary.

It is also important to say that we are dealing with an issue in international law that is controversial, the application of international law to private law subjects, specially commercial companies, which I think justify an affirmative answer to this question; on the other hand another issue I address is the strong political nature of international law that can influence the outcome of the negotiations and the future of this issue; however lessons have been learned and the model of the League of Nations will not be repeated and all the interests that sit at the negotiating table will be considered.

Finally, to say that this is far from being an acquired subject, there are still many questions and many challenges that need to be considered but in general I believe that there is a need and the necessary will and everything is ready for progress and for the elaboration of a convention that binds transnational corporations to human rights.

Key Words

Human Rights – Transnational Corporations – International Law – Justice – State

Índice

I. Introdução	8
1. Estrutura e abordagem	8
2. Porquê Direitos Humanos e Sociedades Transnacionais?	9
II. Conceitos Chave	13
1. Globalização	14
2. Privatização	15
3. Fragmentação.....	16
4. Direitos Humanos.....	17
5. Sociedades Transnacionais.....	18
III. Evolução Histórica	20
1. Perspetiva histórica dos Direitos Humanos	21
2. Fontes de Direitos Humanos	23
3. Sociedades Transnacionais.....	25
IV. Sociedades transnacionais e Direitos Humanos	32
Caminhos para a imposição dos Direitos Humanos.....	36
V. Responsabilidade pela violação de Direitos Humanos	41
1. O dever de assistência de Rawls	42
2. Responsabilidade do Estado	44
3. Responsabilidade corporativa	50
4. Responsabilidade individual.....	56
VI. Avanços na vinculação das sociedades transnacionais aos Direitos Humanos	58
1. ATCA (Alien Tort Claims Act)	59
2. Corporações Transnacionais e as suas Cadeias de Fornecimento em Relação aos Direitos Humanos	62
3. Princípios Orientadores sobre Negócio e Direitos Humanos.....	65
VII. Um novo Tribunal para as Sociedades Transnacionais e os Direitos Humanos	70
VIII. Grupo de Trabalho da Comissão das Nações Unidas sobre Direitos Humanos.....	73
1. Introdução ao Grupo de Trabalho da Comissão das Nações Unidas sobre Direitos Humanos	73
2. Sessões de Trabalho	75
2.1 1ª e 2ª Sessões de Trabalho	75
2.1.2 Declarações enviadas por ocasião da 1ª e 2ª Sessões de Trabalho	79
2.2 3ª Sessão do Grupo de Trabalho	83
IX. Conclusão	87
X. Bibliografia	92

I. Introdução

1. Estrutura e abordagem

Em primeiro lugar cabe perceber quais as questões sobre as quais basearei o meu trabalho e que constituirão o norte do meu trabalho e que procurarei responder ao longo do trabalho finalizando com a resposta a estas questões na conclusão onde darei a minha opinião sobre estas mesmas questões; assim procurarei responder às seguintes questões, em primeiro lugar perguntar “é possível vincular as práticas das sociedades transnacionais aos direitos humanos?”; em segundo lugar surge a questão “existe a possibilidade jurídica e política de a perguntar anterior se concretizar?”; e, por fim, em terceiro lugar perguntar “quais os passos necessários bem como qual o melhor caminho para que as perguntas anteriores se tornem possíveis?”.

É agora tempo de fazer uma rápida visita pelo que irei tratar neste trabalho bem como aquilo que não irei tratar. Começarei por apresentar uma explicação para a utilização da expressão “sociedade transnacional”, de seguida irei apresentar a visão social e histórica da evolução quer dos Direitos Humanos, em conjugação com as suas fontes mais importantes, quer das “sociedades transnacionais”; passada esta fase mais histórica irei abordar a questão da vinculação de sujeitos de direito privado ao Direito Internacional seguida das questões da responsabilidade pela garantia do respeito pelos Direitos Humanos. Posteriormente irei focar-me no aspeto que pretendo que seja o mais inovador do meu trabalho que é o Grupo de Trabalho das Nações Unidas com vista à criação de uma Convenção que regule a vinculação das sociedades transnacionais aos Direitos Humanos.

Por sua vez não irei entrar muito profundamente nas questões corporativas e de direito comercial uma vez que não é esse o objetivo nem o contexto disciplinar que motiva esta tese, a visão do Direito Internacional e das Relações Internacionais é o ponto de vista que pretendo adotar, mais do que isto por absoluta falta de tempo, mas também de espaço irei cingir-me ao que foi anteriormente referido. Por fim dizer apenas que não é possível ignorar o fenómeno da responsabilidade corporativa que tem bastante importância neste tema e que como tal será abordado ainda que de uma forma não tão extensiva como

deveria ser uma vez que se poderia fazer uma tese independente só sobre esse subtema que é na realidade um tema.

Cabe igualmente referir que irei apresentar uma abordagem mais evolutiva e explicativa dos factos e acontecimentos que levaram ao ponto onde estamos hoje bem como da explicação do que está a ser feito, a nível de Direito Internacional, para que se resolvam as questões que tentarei demonstrar e apresentar neste trabalho. Dizer então que apesar de não descurar das questões jurídicas que são embrionários para a própria conceção deste tema, ou seja, questões jurídicas que são essenciais para podermos adotar e abraçar os avanços que serão descritos ao longo deste trabalho. Por outro lado dizer que considerarei ser mais importante descrever a questão bem como as suas implicações no mundo atual ao invés de fazer uma abordagem puramente jurídica do tema, muito porque estamos perante uma questão ainda bastante discutida no plano Internacional, muito jovem e como tal ainda não completamente consolidada em termos políticos, de forma que preferi a abordagem social e política pois é nesta parte que considero que têm sido dados os maiores passos para o objetivo final, a realização de uma convenção internacional.

Em suma dizer que tentarei explanar o tema da vinculação das sociedades transnacionais aos Direitos Humanos conjugando duas abordagens, por um lado analisar as questões jurídicas, mas também, por outro lado, e uma vez que estamos a falar de Direito Internacional, abordarei uma perspetiva socioeconómica e política que influencia em grande medida os destinos da sociedade internacional.

2. Porquê Direitos Humanos e Sociedades Transnacionais?

Para responder a esta questão é necessário ter em conta que falar sobre Direitos Humanos é, hoje em dia, reconhecer uma realidade histórica e social assente num processo evolutivo da mentalidade coletiva e da construção da sociedade, mas também de uma grande preocupação com a integração dos novos dogmas da sociedade naquilo que é o sistema de proteção dos Direitos Humanos. Na realidade esta proteção jurídica traduz-se em variados avanços no Direito Internacional, direito praticado pelos Estados, tentando integrar novas realidades no plano jurídico Internacional; é esta evolução que tentarei retratar nesta tese através da análise da evolução histórica bem como dos factos que despoletaram a realidade e os avanços que hoje enfrentamos.

Pensar em Direitos Humanos é pensar numa realidade muito complexa e transversal que está intimamente ligada ao contexto social e económico em que se insere, esta relação torna os Direitos Humanos altamente suscetíveis de alterações uma vez que os avanços sociais e tecnológicos levam a esta suscetibilidade. Ora isto leva a que os Direitos Humanos enfrentem uma larga variedade de desafios originados, por força desta relação, na ascensão de novas realidades e agentes no contexto económico e social, uma destas novas realidades é a crescente influência do poder económico e monetário na realidade mundial.

Fazer esta ponte entre Direitos Humanos e distribuição do poder económico é acompanhar a evolução dos tempos; por um lado a noção de Estado providência aparece com grande pujança, um Estado que tem como primordial função o dever de respeitar e zelar pelo cumprimento dos direitos dos seus cidadãos; por outro lado aparece-nos a economia, não será errado admitir que muitas ações dos Estados estão relacionados com a sua disponibilidade económica, a economia nunca foi tão limitativa da ação do Estado como nos nossos dias. É deste confronto que surgem os novos paradigmas que desafiam as noções clássicas de Direito Internacional de Política Internacional.

Como foi já referido a evolução do contexto social e económico aliado a uma crescente importância da economia leva a que novos agentes surjam no panorama Internacional; é neste novo contexto que surgem as sociedades transnacionais. Mais á frente será feito uma análise sobre a utilização desta expressão bem como da evolução destas entidades e outros aspetos que considero essenciais para entendermos este novo fenómeno e de que forma se torna imperativo dedicarmos alguma atenção á articulação entre o Direito Internacional, particularmente os Direitos Humanos, e estas novas entidades.

Por ora falaremos por alto sobre a importância destas entidades bem como o que contribuiu para que tenha escolhido este tema para figurar neste trabalho; em primeiro lugar cabe dizer que não estamos apenas a falar de entidades que operam num plano secundário relativamente aos Estados, bem pelo contrário e como prova disto poderemos analisar alguns dados estatísticos que certamente nos ajudarão a perceber a importância desta matéria.

Em primeiro lugar e como afirmei que existe uma crescente importância do poder económico naquilo que é a realidade internacional convém perceber que peso económico têm estas entidades, para tal utilizaremos uma tabela comparativa entre o lucro obtido por

algumas das maiores sociedades transnacionais e o lucro, traduzido pelo Produto Interno Bruto, de alguns países¹ (de referir que esta tabela foi feita com base em dados recolhidos em 2010); ora esta tabela é indicativa da importância destas entidades no panorama internacional e diz-nos que muitas sociedades têm uma receita anual superior a determinados países e não estamos apenas a falar de pequenos países, por exemplo nesta tabela podemos ver que o lucro da Walmart é quase o mesmo que o de uma economia estabilizada de um País consistentemente disciplinado em termos económicos como é a Noruega, outro exemplo e talvez este mais demonstrativo do panorama geral, é a tabela que compara as 100 maiores economias do mundo², não discriminando empresas transnacionais e Estados, nesta tabela podemos perceber que entre as 100 economias mais lucrativas do mundo encontramos 69 sociedades transnacionais, parece-me que este facto é bastante demonstrativo da importância destes novos agentes na realidade internacional, é também verdade que as maiores economias continuam a ser Estados no entanto a balança está a mudar, as sociedades transnacionais continuam a revelar um crescimento exponencial que aumenta a sua importância e a necessidade de uma regulação mais efetiva.

Em segundo lugar, e em consequência deste crescimento, surge o problema da dificuldade de controlo estatal da atividade destas sociedades. Esta dificuldade será aprofundada mais à frente, mas por agora dir-se-á que o aumento do tamanho e do poder destas sociedades, muitas vezes tornando-se maiores que os próprios Estados, conduz a uma maior dificuldade de fiscalização das suas atividades nomeadamente no que toca ao respeito pelos Direitos Humanos; muitas vezes por incapacidade dos Estados ou mesmo pela complexidade da estrutura corporativa destas sociedades torna-se difícil garantir que estas entidades cumprem os seus deveres mas também se torna muito difícil responsabilizar pela violação dos deveres, daí que considere ser necessário um instrumento jurídico claro que ajude a regular, fiscalizar e responsabilizar as sociedades transnacionais.

Parece-me também pertinente responder, ainda que de forma breve, a algumas questões que podem claramente ser levantadas a propósito desta questão que me propus a tratar. Em primeiro lugar poder-se-á perguntar se existe de facto a necessidade de se

¹https://www.globalpolicy.org/images/pdfs/Comparison_of_Corporations_with_GDP_of_Countries_table.pdf

² <http://oxfamblogs.org/fp2p/wp-content/uploads/2016/09/Top-100-countries-corporations-by-revenues.jpg>

responsabilizar as sociedades transnacionais, se as suas atividades são tão importantes que justifiquem esta preocupação jurídica, a minha resposta é sim, não só porque os dados estatísticos apresentados mostram que estas têm grande influência na realidade internacional mas também porque a quantidade de pessoas que são afetadas pelas condutas destas sociedades obriga a que se olhe para estas como uma área de regulação obrigatória; em segundo lugar coloca-se a questão, podemos dizer clássica, de saber até que ponto podemos aplicar o Direito Internacional diretamente a sujeitos de direito privado, pela sua importância para a minha tese esta questão terá um tratamento separado, a minha resposta também tenderá a ser sim na medida em que o potencial de violação dos Direitos Humanos é muito grande nestas sociedades, estas sociedades empregam milhões de pessoas, acompanhado pela dificuldade evidente de controlar e responsabilizar pelas condutas ilícitas destas sociedades.

Estando o contexto social e económico apresentado cabe agora perceber porque escolhi tratar este tema na minha dissertação de mestrado, várias razões concorrem para isto; a primeira é desde logo o meu gosto pelo Direito Internacional, motivo que me levou a escolher um Mestrado na área do Direito Internacional, e esta questão junta questões clássicas, como a vinculação direta dos sujeitos de direito privado ao Direito Internacional, com questões modernas e atuais como é o surgimento das sociedades transnacionais como jogadores do xadrez internacional; uma segunda razão está no facto de esta ser uma área que ainda não está muito dissecada pela doutrina, é uma área que ainda está bastante aberta a contribuições doutrinárias; em terceiro lugar surge a enorme abrangência e transversalidade desta matéria que conjuga largas questões jurídicas importantes com interesses políticos que constituem um balanço que eu considero ser o traço mais dinâmico, e porque não apaixonante, do Direito Internacional no geral; por fim e em quarto lugar surge o facto de este ser um tema que está na berra, passo a expressão, uma vez que têm havido contribuições importantes no seio dos grupos de trabalho internacionais no sentido de desenvolver uma convenção para a regulação destas matérias.

O movimento que pretende a elaboração de uma Convenção Internacional é um grande avanço que pretende esclarecer e clarificar a situação da vinculação aos Direitos Humanos das sociedades transnacionais. Muito mais que estabelecer princípios que regulem esta matéria o que se pretende é elaborar um verdadeiro documento jurídico que tem a função de garantir que as sociedades transnacionais sabem de facto a que deveres estão

vinculadas bem como facilitar aos Tribunais Internacionais uma ferramenta jurídica válida e suficiente para julgar qualquer violação dos Direitos Humanos pelas sociedades transnacionais. No entanto é importante referir que u dos principais desafios que este movimento encontra é a dificuldade em estabelecer um conjunto de normas e obrigações positivas³ a estas sociedades, sendo mais fácil criar um conjunto de obrigações negativas uma vez que a mera inação seria suficiente.

É relativamente a esta vontade internacional de elaborar uma Convenção Internacional que eu acredito que o meu trabalho poderá ser mais útil, na medida em que é um acontecimento recente e como tal não há muito escrito sobre isto, não obstante durante o processo de negociação foram feitos vários avanços, quer através da opinião de especialistas quer através do contributo dos Estados e de Organizações Não Governamentais.

II. Conceitos Chave

Neste segmento do trabalho creio ser importante fazer um apanhado de alguns conceitos que ajudam a compreender esta questão que me propus a tratar sendo que se torna importante perceber qual a linguagem que normalmente se utiliza relativamente a esta questão bem como perceber como é que a doutrina e a sociedade têm entendido e incluído o problema das sociedades transnacionais no seu tratamento linguístico.

Creio ser importante em Direito perceber o significado das expressões que utilizamos, muitas vezes porque subjacentes a esses termos surgem realidades que necessitam de ser entendidas de forma a que consigamos perceber exatamente a que realidades nos estamos a referir bem como qual a sua génese.

Com isto espero igualmente integrar o tema desta tese numa corrente de modernização não só de mentalidade e de construção social, mas também dentro de uma corrente linguística que visa abranger e retratar as novas realidades que o avanço social e económico logicamente acarreta.

³ HSIEH, Nien-he, The Obligations Of Transnational Corporations: Rawlsian Justice And The Duty Of Assistance p. 644;

São, portanto, três as expressões que considero importantes e oportunas referir e que certamente ajudarão a entender melhor as sociedades transnacionais, Globalização, Privatização e a terceira expressão é Fragmentação.

1. Globalização

Uma das principais demonstrações da existência de globalização é o facto de as notícias mais recentes num qualquer ponto do mundo estarem a ser transmitidas diretamente para o restante mundo. Paralelamente a isto existe também uma outra ideia associada a este conceito, que reside no facto de muitas sociedades multinacionais controlarem mais recursos que muitos Estados de pequena dimensão e que a crescente importância da economia leva a que algumas políticas públicas sejam realizadas por forma a garantir esses interesses económicos.

Como foi já referido anteriormente não nos podemos esquecer que neste mundo tão dominado pela economia não podemos menosprezar a influência galopante das instituições como o Banco Internacional ou o Fundo Monetário Internacional que apesar de serem instituições financeiras internacionais e de terem um grande domínio e influência não têm um modelo de controlo efetivo das suas políticas⁴.

É igualmente possível afirmar que não é o desenvolvimento económico por si só que leva ao desrespeito pelos Direitos Humanos, tão pouco é a evolução da política e dos agentes económicos, mas sim a forma como os Estados reagem a estas evoluções.

Claro que a ideia de sujeitar as entidades não estaduais aos Direitos Humanos tem críticos que apontam várias razões que têm de ser entendidas, em primeiro lugar o Direito Internacional dos Direitos Humanos é um direito de estrutura interestadual, não sendo aplicável a outras entidades que não eles, em segundo lugar o argumento que esta evolução na estrutura económica caminha para um maior crescimento das entidades não estaduais o que poderia originar a que este crescimento fosse ainda mais exponencial se reconhecermos e na realidade quase elevarmos as sociedades transnacionais a níveis perto do poder e da importância dos Estados, no fundo uma ideia de conforto para os Estados,

⁴ CLAPHAM, Andrew, Human rights and obligations of non state actors, Oxford, 2006, pág 5;

reconhecer que as sociedades transnacionais têm um lugar como sujeito dos Direito Internacional seria dar-lhes ainda mais força.

Existe também, dentro deste conceito, uma corrente que é designada como “bottom up”⁵, corrente esta que consiste na tentativa de alcançar os objetivos gerais de melhorar a qualidade de vida e o conceito de respeito pelos Direitos Humanos.

Por fim referir ainda que apesar da crescente importância das entidades não governamentais estas não assumem, de forma alguma, um papel mais importante que os Estados, mais que não seja pois são estes os principais responsáveis pela sua criação e cabe também aos Estados controlar o exercício das funções atribuídas a estas entidades.

2. Privatização

Este conceito reside na importância, ou no contributo do Estado em termos de direito interno. Esta privatização já ocorria com o liberalismo económico praticado essencialmente na Europa ocidental, com o fim da Guerra Fria a separação da URSS levou a que muitos países antes comunistas, e, portanto, de vocação nacionalista aderissem ao modelo liberalista que teve um reflexo imediato de mudança do paradigma social e económico, este modelo liberalista traduzia-se numa maior liberdade comercial, retirando algum peso do Estado dentro das próprias transações económicas o que levou a que as sociedades tivessem mais liberdade para crescer e libertar-se das amarras do direito público e das obrigações decorrentes o que não era característico dentro do modelo comunista, que era mais baseado na intervenção e no controlo rigoroso do Estado nas ações económicas bem como na forma como o mercado florescia e novos agentes económicos apareciam.

Esta ideia assume particular importância para os direitos fundamentais se pensarmos em situações como a privatização das forças de segurança, dos cuidados de saúde, as telecomunicações e até mesmo da educação, podem, nalguns casos, levar à dissipação do controlo efetivo necessário para o respeito pelos Direitos Humanos⁶; a transferência destes domínios para a esfera privada poderia levar a que o lucro se impusesse ao interesse

⁵ CLAPHAM, Andrew... pág 7;

⁶ CLAPHAM, Andrew... pág 8;

publico pois para todos os efeitos estávamos perante um conflito entre fins privados e fins públicos. A nível internacional a questão reside na estrutura das medidas de garantia do respeito pelos direitos, estrutura esta que apenas visa Estados não tendo a flexibilidade suficiente para integrar entidades privadas o que não deixa de ser uma surpresa uma vez que o Direito Internacional é um direito estadual e os sujeitos privados só muito recentemente começaram a assumir um papel mais fulcral neste domínio.

Esta questão também pode colocar alguns problemas de um ponto de vista jurídico, à primeira vista poder-se-ia dizer que uma vez que foi o Estado que promoveu a privatização então seria a ele que deviam ser imputadas as responsabilidades decorrentes da sua ação, especialmente em áreas que são identificadas como funções do Estado. O problema é que não existe hoje uma ideia clara de quais são verdadeiramente as funções do Estado, o mais perto que podemos encontrar é o artigo 5 dos Artigos sobre a Responsabilidade do Estado elaborados pela Comissão de Direito Internacional, onde está definido que uma entidade não estadual, caso esteja a exercer uma função tipicamente associada ao Estado, e estiver no exercício das funções atribuídas por este, então as suas ações devem ser imputadas ao Estado.

Resta, portanto, saber o que são funções tipicamente associadas aos Estados e pode-se dizer que o Estado tem funções que são típicas deste, como a garantia dos serviços de saúde, do saneamento, entre outras, no fundo aquelas que visam a garantia de direitos dos cidadãos, no entanto é complicado chegar a um elenco definitivo e claro que diga de maneira evidente quando é que estamos perante uma função do Estado.

Por fim referir que a questão tem de ser vista de duas perspetivas, em primeiro lugar as entidades não estaduais que controlam as funções referidas têm de respeitar certos direitos fundamentais que o Estado, por gozar da soberania, não teria, como por exemplo os problemas provenientes do direito de propriedade, em segundo lugar a privatização pode reduzir o controlo do cumprimento dos Direitos Humanos pelas empresas que assumem o comando das antes funções do Estado.

3. Fragmentação

Este conceito surge no seguimento da crescente evolução de oposições armadas e grupos armados de independência nacional que não têm, da parte do direito, uma resposta que faça com que de facto sejam respeitados os Direitos Humanos por estes grupos.

Toda a logica por trás dos Direitos Humanos é alterada quando pensamos nestes grupos, a desintegração dos órgãos de poder do Estado que origina uma divisão do controlo do território e que culmina com o aparecimento de múltiplos grupos militares e que tem como consequência lógica a quebra da cadeia de comando; em segundo lugar a perda da estruturação das funções militares torna praticamente impossível distinguir soldados de cidadãos e por fim a questão da negociação com estes grupos ser sempre muito difícil uma vez que não existe uma cadeia de comando e como tal cada um fala por si, dizendo os seus interesses e não os do grupo.

Tem havido iniciativas voluntárias de grupos para assegurar que vão respeitar os Direitos Humanos, no entanto esta existência de acordos não pode servir de base para uma ideia de que sem estes acordos os grupos referidos não têm de cumprir os Direitos Humanos, nomeadamente aqueles que são contemplados no *ius cogens* o que significa, entre outras coisas, que não dependem de acordos ou convenções para serem aplicados.

4. Direitos Humanos

Antes de passarmos para a expressão “sociedades transnacionais” fazer uma pequena explicação quanto a uma questão que recentemente se tem colocado sobre a expressão “Direitos Humanos”, a expressão “Direitos Humanos tem uma larga tradição no Direito por ser uma preocupação comum e clássica dos juristas; não obstante isto e como reflexo da evolução das mentalidades bem como de uma certa evolução linguística característica dos tempos ainda hoje existem algumas questões sobre esta expressão que têm merecido atenção ultimamente tal como o uso da expressão “Direitos do Homem” ao invés de “Direitos Humanos”, sobre esta questão convém perceber que jogam fatores como a génese da tradução do Francês “*droits de l'homme*” e a necessidade de termos uma linguagem inclusiva que reflita os princípios da igualdade que todos defendemos; não sendo esta uma discussão que pretenda abordar utilizei-a como exemplo da importância nos termos que utilizamos, tendo estes um grande poder no que nos rodeia.

5. Sociedades Transnacionais

Quanto à expressão “sociedades transnacionais” podemos começar por afirmar que as instâncias de Direito Internacional começaram por utilizar expressões como “multinacional” e “transnacional” para descrever e caracterizar entidades que operam com realidades económicas e comerciais, podendo desde logo definir que quando falamos em transnacionalidade estaríamos a referir-nos a entidades que tratam de questões relacionadas com economia ou comércio.

Uma das primeiras utilizações da expressão pode ser apontada á ONU que em 1977, por ocasião do seu Relatório sobre as Empresas Multinacionais no Mundo em Desenvolvimento, elaborado pelo Departamento de Negócios Económicos e Sociais da ONU, se referiu a estas entidades como “corporações multinacionais” e as definiu como sociedades que têm mais que um ponto de contacto com mais de um regime jurídico nacional, ou seja que as suas estruturas se localizem em mais do que um Estado⁷. Ora esta definição apresenta vantagens na medida em que consegue um equilíbrio entre uma qualificação suficientemente estrita e não muito lata o que permite integrar uma variada gama de situações; para além disto o facto de não tomar em conta requisitos de dimensão ou de riqueza faz com seja uma qualificação maleável que permite integrar um grande conjunto de realidades.

Um outro contributo surge em 1995 foi dado, novamente, pelo Instituto de Direito Internacional, da mesma forma, adiantou uma nova pista nesta caracterização da expressão dizendo que as “enterprises multinationales” são caracterizadas por um conjunto de ativos que são controlados ou que estão sob autonomia de uma mesma sociedade mãe. Dois pontos são adiantados para perceber este conceito, o primeiro é o de decisão, para ser considerada sociedade transnacional estes ativos têm de estar sujeitos á decisão da sociedade mãe, o segundo ponto é a noção de controlo, mais uma vez para se

⁷ Relatório disponível em <http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1977_oslo_02_en.pdf> versão inglesa;

poder caracterizar como sociedade transnacional teria de existir um controlo efetivo sobre os ativos por parte da mesma sociedade⁸.

Posteriormente a Subcomissão das Nações Unidas para a promoção e proteção dos Direitos Humanos aprovou as *Normas sobre as Responsabilidades das Corporações Transnacionais e Outras empresas de Negócios em relação aos Direitos Humanos* veio novamente referir que uma sociedade transnacional é caracterizada por realizar, introdução de um elemento operacional, operações em mais de um país e que seja reconhecida no Estado de origem ou de atividade como tal.

Quanto á Organização para a Cooperação para o Desenvolvimento económico define empresas multinacionais utilizando uma conjugação dos aspetos avançados anteriormente, são empresas que operam em mais que um Estado, coordenam as suas ações o que indica uma estrutura organizada, por outro lado refere-se também a relação de soberania e o elemento do controlo que a sociedade mãe deve exercer sobre os restantes integrantes da estrutura societária.

Para a UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development define as sociedades transnacionais como empresas incorporadas ou não incorporadas que incluem empresas-mãe e as suas afiliadas estrangeiras. Uma empresa-mãe é definida como uma empresa que controla ativos de outras entidades em outros países que não o seu país de origem, geralmente por deter uma determinada participação no capital social⁹.

Numa nota mais doutrinária, Eduardo Correia Baptista¹⁰ inclui as sociedades transnacionais no lote de associações ou fundações sem fins lucrativos ou com fins lucrativos, sociedades comerciais, que são controladas por pessoas particulares ou outras pessoas coletivas privadas, mas não por entidades públicas. John Ruggie diz que as sociedades transacionais são constituídas por órgãos económicos e não prosseguem o interesse publico. Luís Olavo Batista entende, por sua vez, que sociedades transnacionais pressupõe a existência de um grupo de sociedades com sede em países distintos e que todas operam mediante uma certa soberania, mas com a existência de um interesse e benefício comum¹¹.

⁸ Disponível em «http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1995_lis_04_en.pdf» versão Inglesa;

⁹ [http://unctad.org/en/Pages/DIAE/Transnational-corporations-\(TNC\).aspx](http://unctad.org/en/Pages/DIAE/Transnational-corporations-(TNC).aspx);

¹⁰ BAPTISTA, Eduardo Correia, Direito Internacional Publico, II, p.438;

¹¹ BAPTISTA, Luis Olavo, Direito Internacional Publico, p.17;

Em suma desta análise facilmente se depreendem algumas conclusões, em primeiro lugar corporações multinacionais, sociedades multinacionais e sociedades transacionais são tudo expressões que visam descrever a mesma realidade; em segundo lugar é também possível apreender alguns elementos constitutivos que necessitam de estar verificados para estarmos perante sociedades transnacionais, o primeiro é a existência de sedes em Estados distintos, o segundo é a existência de uma coordenação e relação entre os vários ativos, sendo que o terceiro ponto é existência de um elemento de controlo e um elemento de gestão por parte da sociedade-mãe e por fim, o quarto ponto está relacionado com a existência de um interesse mútuo nas práticas das sociedades que constituem o conjunto.

III. Evolução Histórica

Neste segmento do trabalho irei fazer um périplo pela evolução histórica dos Direitos Humanos, explorando também as fontes de Direito para nos ajudar a perceber a evolução que estes Direitos tiveram ao longo do tempo, e das Sociedades Transnacionais; considero de larga importância dividir estes dois processos evolutivos uma vez que estes apenas se cruzam num tempo mais moderno, assim sendo a evolução dos Direitos Humanos é paralela à evolução do processo corporativo e como tal merece um tratamento separado.

Dizer também que me irei focar no período pós 2ª Guerra Mundial uma vez que este foi o marco mais importante para a evolução da realidade internacional bem como para o próprio Direito Internacional. Foi a partir desta guerra que surgiu a necessidade e a consciência de se formar uma verdadeira comunidade internacional que harmonizasse e se regulasse por valores que tornassem impossível ou que dificultassem ao máximo a ocorrência de novos acontecimentos tão trágicos quanto os que ocorreram na 2ª Guerra Mundial. Sendo também certo que este processo de harmonização foi feito depois do desfecho da 1ª Guerra Mundial, com a criação das Sociedades das Nações, no entanto esta tentativa não resultou conduzindo até a um novo conflito; em suma a 2ª Guerra Mundial alterou o mapa político e a forma como os Estados se relacionam e potenciou a criação de Organizações Internacionais que visam ainda hoje harmonizar interesses contraditórios de vários Estados.

Para além da realidade internacional este acontecimento originou a ascensão de uma consciencialização de necessidade de proteger melhor os cidadãos, muito mais que uma

Guerra militar a 2ª Guerra Mundial desencadeou uma série de atentados aos Direitos Humanos, um tremendo desrespeito pela vida humano que não poderia repetir-se, para evitar novas violações foram adotados no seio das Organizações Internacionais instrumentos jurídicos que visam proteger estes mesmos Direitos¹². Ora este movimento correspondeu a um dos maiores avanços em matéria de Direito Humanos, sendo que muito daquilo que hoje constitui o cerne dos Direitos Humanos atuais foi conseguida no apogeu da necessidade de proteção após a barbárie registada no pós-guerra.

Feito este pequeno enquadramento cabe agora analisar os passos mais importantes que foram dados no período pós 2ª Guerra Mundial.

1. Perspetiva histórica dos Direitos Humanos

Podemos desde logo definir como um dos principais motores da evolução dos Direitos Humanos a Organização Internacional do Trabalho (OIT), fundada em 1919. Apesar de não ser uma instituição que tratasse de todos os Direitos Humanos, nem sequer seria essa a sua função, tinha a seu cargo matérias decisivas para a proteção dos cidadãos, tais como a liberdade sindical, as condições de trabalho e remuneração, a igualdade salarial, as condições de segurança nos locais de trabalho entre outras matérias nucleares. Como tal destaca-se claramente como um motor de desenvolvimento e de luta por estas premissas que serviram de base e de inspiração para os organismos e entidades que se seguiram.

Por outro lado convém referir que não foi apenas uma questão de exemplo teórico de luta mas também um verdadeiro exemplo de como estas questões deveriam ser tratadas num plano jurídico e formal, ou seja, a OIT tinha na sua base um modelo de intervenção que se pode qualificar como um modelo tripartido, nos seus acordos e intervenções existia sempre a intervenção das três figuras que têm poder para tomar decisões e sobre os quais estes instrumentos recaíam em termos de obrigações, eram eles os trabalhadores, principais interessados no seio destes acordos, os empregadores, por serem aqueles que tinham o poder de adequar as suas condutas a estes direitos mas também por constituírem o principal fator de ameaça aos Direitos que a OIT prosseguia, e por fim, a terceira parte são os Estados pois em ultimo caso são estes quem têm o dever de assegurar o respeito

¹² Como por exemplo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 1948 e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, adotada em 1950;

pelo Direito dos cidadãos e tendo soberania sobre quem atua no seu território poderiam também garantir este respeito pelos empregadores sujeitos à sua soberania. Ora este modelo assegurava uma estabilidade muito grande uma vez que todos os envolvidos se assumiam como vinculados a estes princípios e como tal estaríamos perante acordos mais duradouros e mais propícios a serem respeitados; um bom exemplo de como este exemplo foi acolhido e repetido foi a negociação de vários acordos e convenções com entidades não estatais para uma maior transversalidade e garantia do respeito e da aplicação do documento.

Outro dos grandes movimentos que influenciou e teve um papel muito preponderante naquilo que ainda hoje é a conceção dos Direitos Humanos foi a adoção da Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada pela Assembleia Geral das Nações Unidas e adotada em 1948. Este foi muito possivelmente o maior contributo em termos de Direitos Humanos da história uma vez que foi adotado numa instituição internacional que é a mais representada mundialmente, mas também porque é a fonte de Direitos Humanos, com exceção do *ius cogens*, mais comumente utilizada em sede de Direito Internacional juntando não apenas os membros das Nações Unidas que à data subscreveram a Declaração, mas também um grande conjunto de países que aderiram mais tarde¹³.

Por outro lado, esta Declaração tem também uma peculiaridade, não estamos perante uma verdadeira Convenção, mas sim de uma compilação de preceitos gerais de Direitos Humanos que se conjuga com um catálogo de Direitos que viriam a ser, posteriormente, objeto de outros instrumentos jurídicos internacionais no futuro¹⁴. Não quer isto dizer que a Declaração dos Direitos do Homem não tenha um forte poder jurídico não obstante não ser uma Convenção, em abono da verdade este documento é muitas vezes utilizado pelos tribunais internacionais como motivo de direito para justificar determinada decisão ou seja apesar de ela não ter força jurídica por falta de forma, em termos matérias ela constitui um forte argumento jurídico para penalizar qualquer violação dos Direitos Humanos; por outro lado esta Declaração tem também um importante papel na compreensão e interpretação de outros instrumentos de Direito Internacional uma vez que é um elenco de vários princípios e, consequentemente, um auxílio na definição do que é um Direito Humano, a exemplo desta faculdade de ajuda interpretativa temos a utilização

¹³ Tabela de signatários, disponível em <http://www.gcc.ca/pdf/INT000000019b.pdf>;

¹⁴ CRAWFORD, James, Brownlie's Principles of Public International Law, Oxford, 8th edition;

da Declaração, pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, como uma muleta, passo a expressão, para a interpretação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Posteriormente, em 1975, no final da Conferência sobre Segurança e Cooperação na União Europeia foi adotado o “Final Act” (Ato Final) em Helsínquia tendo sido assinado por 35 países entre os quais os Estados Unidos e a URSS (Ex União Soviética), o que na altura constituiu um grande avanço em termos de diplomacia Internacional e da simbologia da assinatura deste ato que conseguiu conjugar interesses tão antagónicos como o destas duas potências mundiais. Este ato teve um papel fundamental na perceção dos Direitos Humanos enquanto vinculativos para os Estados uma vez que o Tribunal Internacional de Justiça reconheceu, no caso Estados Unidos versus Nicarágua¹⁵ relativo a atividades militares e paramilitares dentro e contra a Nicarágua, que a aceitação deste Ato resulta numa vinculação aos princípios aí previstos, no caso como o princípio da não intervenção estava presente no Ato Final então os Estados Unidos estavam internacionalmente vinculados a este princípio¹⁶. Ora este Ato Final teve grande importância no desenvolvimento dos Direitos Humanos porque se infere, tal como o Tribunal Internacional de Justiça o fez, que os Estados que o aceitaram estão vinculados a esses direitos.

2. Fontes de Direitos Humanos

Para melhor percebermos a evolução que foi referida no ponto anterior bem como para percebermos de que forma os Direitos Humanos se formaram nada melhor que percebermos a inspiração jurídica em que estes se basearam, façamos então uma pequena visita pelas fontes de direito.

A primeira fonte que se pode referir são o conjunto de Convenções que constituem o corpo jurídico dos Direitos Humanos podendo ser feita uma divisão consoante os tipos de Convenções e o seu objeto, assim sendo farei a divisão em quatro tipos, as Convenções Multilaterais, as Convenções Regionais, as Convenções sobre Direitos Humanos

¹⁵ Disponível em «<http://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>»;

¹⁶ «<http://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>» pg. 97;

específicos e por fim as Convenções que visam proteger os Direitos de determinados grupos.

Começando pelas Convenções Multilaterais podemos desde já distinguir que a primeira grande convenção, que vimos anteriormente que não o é verdadeiramente, é a Declaração Universal dos Direitos do Homem; no entanto é importante referir que na mesma conferência onde foi elaborada e adotada esta Declaração foram igualmente adotados dois outros pactos, o primeiro relativo aos Direitos Económicos, Sociais e Culturais e o segundo versa sobre Direitos Cíveis e Políticos¹⁷.

Por sua vez, e em adição a estes contributos oriundos do plano mundial é também possível destacar como fontes de direito as convenções regionais, sendo que de entre estas se devem destacar as mais importantes como sendo a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1950; a Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1969 e, por fim, a Carta Africana dos Direitos Pessoais e Humanos de 1979. Podemos também acrescentar a estas a “*Arab Charter on Human Rights*” que foi adotada pela Liga dos Países Árabes em 2004.

Outras convenções que se assumem como fontes de direito são as convenções específicas sobre determinados Direitos, convenções estas que se reportam a apenas um ou um determinado número de direitos, de entre estas podemos destacar, a título de exemplo, a Convenção sobre o Genocídio que define e enquadra este crime perante o Direito Internacional.

Relativamente ao quarto topo de Convenções que podemos identificar como sendo fontes de Direitos Humanos, as Convenções que visam defender os direitos de um determinado grupo específico, a título de exemplo podemos referir a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, que visa proteger e regular a situação deste grupo específico. Podemos igualmente referir outros exemplos, como os que se referem à proteção dos direitos das crianças como a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, adotada em 1989; as que visam proteger os direitos das mulheres como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres adotada em 1979; e por fim os que visam assegurar o respeito pelos direitos das pessoas

¹⁷ Para além destes dois protocolos foi ainda adotado um outro protocolo opcional;

portadoras de deficiência como a Convenção das Nações Unidas sobre Pessoas com Deficiência adotada em 2006.

Por fim podemos identificar uma outra fonte de direito que assume uma importância muito grande em termos de Direito Internacional no geral, mas especialmente nos Direitos Humanos, que é o Direito Consuetudinário. O Direito Consuetudinário é a grande base do Direito Internacional, sendo que este é um ramo de direito intrinsecamente relacionado com a prática dos Estados é fácil de perceber o porquê de as práticas reiterada de determinada conduta assume esta importância no Direito Internacional. Relativamente aos Direitos Humanos podemos desde já afirmar que os principais princípios, os princípios basilares, que norteiam os Direitos Humanos são reconhecidos como semelhantes aos princípios de Direito Consuetudinário; demonstrativo desta afirmação temos a jurisprudência do caso “*Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*”¹⁸ onde o Tribunal Internacional de Justiça refere o efeito *erga omnes* das obrigações pela primeira vez e diz que obrigações que decorram de atos como o geonídeo e a agressão bem como de atos que impliquem o desrespeito e a violação dos princípios básicos de Direito Humanos constituem obrigações *erga omnes* o que consubstancia uma verdadeira inovação em termos de Direito, na realidade concedendo aos Direitos Humanos básicos a faculdade de, aquando da sua violação, constituírem para quem os desrespeita a imputação de obrigações com efeitos *erga omnes*, fazendo portanto a aproximação final ao regime do direito consuetudinário e estabelecendo um paralelismo que permite afirmar que os Direitos Humanos são equivalentes ao direito consuetudinário na medida em que os efeitos que decorrem da sua violação são os mesmos que decorrem da violação do direito consuetudinário.

3. Sociedades Transnacionais

Antes de passarmos á evolução da relação entre direitos humanos e sociedades transnacionais convém percebermos um pouco de como se formou o fenómeno societário; e a este propósito convém começar por dizer que dantes as sociedades transnacionais não eram imortais, não duravam até terem capacidade económica para tal, bem pelo contrario, elas existiam por um período médio de vinte anos uma vez que eram criadas por tratado

¹⁸ Disponível em «<http://www.icj-cij.org/en/case/50>»;

e o seu fim era a realização de um determinado objetivo que subjazia à sua existência¹⁹; por outro lado, tribunais Americanos consideraram que as sociedades transnacionais estavam sujeitos a preceitos constitucionais destinados a indivíduos, tal como a 4ª Emenda^{20 21}, o que constitui um avanço e uma aproximação ao regime jurídico que hoje se tenta criar quanto à responsabilização das sociedades transnacionais. Por outro lado, o avanço da mentalidade e da consciência social levou a que se fizesse uma separação entre a esfera económica e a esfera política o que conduziu à politização das atividades corporativas²². Posteriormente surgiu a “emancipação” das sociedades transnacionais onde estas se libertaram das amarras da soberania dos Estados e dos vínculos do domicílio e tudo isso contribuiu para que se assumissem como um dos elementos mais fulcrais do panorama internacional bem como do próprio direito internacional.

Depois de ter feito uma viagem pela história e pelas fontes dos Direitos Humanos cabe agora perceber como surgiram as sociedades transnacionais, a sua evolução histórica, mas também perceber onde é que estas entidades se encontram com o Direito e se a questão que me propus a tratar já conheceu algum avanço ao longo do tempo.

A preocupação com esta relação entre Direitos Humanos e sociedades transnacionais não é um avanço recente da doutrina antes pelo contrário, sempre existiu da parte da doutrina uma necessidade de regular esta matéria; em 1970, os países que tinham sido recentemente proclamados independentes por ocasião do fim da colonização levaram a cabo iniciativas no plano jurídico internacional que tinham como objetivo primordial controlar e regular a atividade desempenhada pelas sociedades transnacionais.

Referir também um contributo importante dado pela Comissão de Sociedades Transnacionais das Nações Unidas que foi a elaboração de um código de conduta que visava reger e regulamentar a atividade das sociedades transnacionais. Apesar de este ser um grande avanço e uma demonstração da existência de uma necessidade de regulação, seria também produzido por uma das mais importantes organizações internacionais, tanto pelo seu peso político como pela quantidade de países que a constituíam. Não obstante

¹⁹ WETTSTEIN, Florian, *Multinational and Global Justice Corporations*, Stanford University Press, 2009, p. 184;

²⁰ WETTSTEIN... p. 185;

²¹ “*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.*”

²² WETTSTEIN... p. 186;

este avanço e esta boa iniciativa muitas vezes o Direito Internacional encontra obstáculos no plano político, existem muitos interesses e como tal por vezes não é possível conjuga-los a todos, foi exatamente o que aconteceu, um conflito de interesses entre países desenvolvidos e em desenvolvimento levou a que a iniciativa de criação deste Código ficasse suspensa.

Na consequência desta iniciativa gorada, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) adotou um conjunto de orientações denominado “Guidelines for Multinational Enterprises” com o objetivo de regular as condutas destas sociedades bem como adotando um método menos invasivo que um Código de Conduta. Estas orientações foram várias vezes revistas, mas o maior avanço foi o registado em 2000 onde se incluiu um preceito segundo a qual as sociedades transnacionais estão obrigadas a respeitar os Direitos Humanos nas suas condutas bem como garantir que os seus trabalhadores estão protegidos em consonância com as obrigações internacionais do Estado que alberga a sociedade, ou onde está presente a sua sede.

Por outro lado, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou a “Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy” que constituiu um enorme avanço na forma como os Direitos Humanos deveriam ser tratados na sua relação com as Sociedades Transnacionais. Começar por referir que o objetivo desta declaração é, conforme pode ser consultado no seu preâmbulo²³, regular e garantir que as sociedades transnacionais garantem nas suas práticas o respeito pelos Direitos Humanos; sendo este um objetivo geral convém perceber, e porque estamos perante de um documento com grande importância nesta matéria, qual a metodologia, bem como a perspetiva de abordagem, prevista neste documento.

Em primeiro lugar é referido que a importância económica destas sociedades bem como as suas relações com os Estados e com as suas economias leva a que exista um grande impacto nas condições sociais e económicas dos cidadãos uma vez que as condutas podem não só influenciar os trabalhadores, diretamente, mas também os cidadãos dos países onde as sociedades praticam as suas atividades, através de uma via indireta e relacionada com a ajuda destas sociedades aos Estados fornecendo recursos técnicos e humanos para que estes consigam promover a economia e melhorar as condições para os cidadãos.

²³ Disponível em <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf>

Em segundo lugar surge uma questão importante, ao falarmos das sociedades transnacionais frequentemente esquecemos que as sociedades nacionais também têm larga influência no panorama social, assim sendo esta declaração não visa a promoção de desigualdades de tratamento, mas sim uma aplicação transversal independente da dimensão ou da existência de pontos de contacto com mais que um regime jurídico; por outro lado não existe uma tentativa de fazer as sociedades transnacionais reduzirem os seus lucros ou até a sua dimensão, o que se pretende é que exista uma relação de equilíbrio entre os fins privados, como o lucro, e os fins públicos, como a garantia dos Direitos Humanos.

Em terceiro lugar e de forma a evitar qualquer problema político de inadequação com legislação nacional é dito que esta declaração deve ser aplicada e interpretada consoante o Direito Nacional de cada Estado e sem prejudicar qualquer outro acordo que este haja feito.

Em quarto lugar surge a necessidade de diálogo entre os Estados e as sociedades com vista a obter o máximo de cooperação possível, nomeadamente é recomendado que antes do início da atividade comercial pela sociedade seja consultado o Estado com o intuito de harmonizar as práticas com o plano social em curso, ressaltando desta forma possíveis confrontos entre o empregador e o Estado que pudesse conduzir a um prejuízo para o trabalhador; em quinto lugar e por fim referir que existiu um grande cuidado em destacar os principais direitos a que as sociedades estariam vinculadas, como estamos a falar de uma organização internacional com um objeto específico o leque destes direitos é digamos que limitado ao Direito do Trabalho, não obstante o direito à não discriminação, o direito a condições de segurança e outros são direitos humanos não apenas referentes à área do Direito do Trabalho, o facto de estarmos perante direitos concretos e identificados conduz a uma maior segurança deste documento.

Por outro lado, e para além dos aspetos materiais, podemos destacar que esta declaração foi negociada, como o próprio nome indicia aliás, a três, ou seja são partes negociais desta declaração o empregador, sociedade transnacional, o trabalhador, principal interessado nesta declaração, e o Estado, como principal garante do respeito pelas obrigações assumidas. Ora este facto assume-se como de capital importância uma vez que isto confere a esta declaração uma base estável onde os intervenientes assumiram estas condições e existe uma maior garantia do seu cumprimento, ora esta plataforma de entendimento conduz a que esta declaração se apresente como um exemplo de como se

deve proceder ao elaborar este tipo de convenções ou acordos, deve-se procurar reunir o maior número de partes com potencial para serem intervenientes em questões relacionadas com estas matérias bem como procurar ao máximo um acordo que não seja exclusivo para nenhuma parte mas sim inclusivo para todas, esta é uma lição importante que convém que se tenha em mente em questões de Direito Internacional.

Referir ainda que existe o artigo 8º desta Declaração²⁴ que assume uma importância muito grande, nomeadamente por vincular as partes integrantes a princípios mais gerais e também mais reconhecidos internacional e juridicamente como os que estão presentes na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e noutros instrumentos que regulem esta matéria e que foram elaborados pelas Nações Unidas, mas também pela Organização Internacional do Trabalho.

Apesar das boas iniciativas que existiram nesta questão que se assumem como bastante demonstrativas de uma necessidade de regulamentação, não podemos definir nenhum destes instrumentos como verdadeiros instrumentos vinculativos que de facto imponham o respeito pelos direitos humanos às sociedades transnacionais. Podem ser referidas duas razões para que isto seja verdade, em primeiro lugar porque estes instrumentos são dirigidos essencialmente aos Estados, são estes que são os responsáveis pela sua monitorização e pela garantia dos seus cumprimentos, ora esta situação levanta um problema claro, existe uma necessidade muito grande de as sociedades transnacionais fornecerem a estes Estados mecanismos verdadeiros e claros para que estes possam efetivar este controlo, contando muitas vezes com a entrega de relatórios periódicos e detalhados sobre as práticas das sociedades o que muitas vezes não acontece, ou por falta de vontade de comunicação por parte das sociedades ou porque não existe possibilidade ou capacidade do Estado monitorizar e analisar os dados que lhe foram entregues; em segundo lugar coloca-se uma questão mais jurídica, nenhum destes instrumentos constitui verdadeiramente uma vinculação jurídica, quanto muito por via do direito

²⁴ Artigo 8º: “All the parties concerned by the MNE Declaration should respect the sovereign rights of States, obey the national laws and regulations, give due consideration to local practices and respect relevant international standards. They should also honour commitments which they have freely entered into, in conformity with the national law and accepted international obligations. They should respect the Universal Declaration of Human Rights (1948) and the corresponding International Covenants (1966) adopted by the General Assembly of the United Nations as well as the Constitution of the International Labour Organisation and its principles according to which freedom of expression and association are essential to sustained progress.”

consuetudinário poder-se-ia estabelecer a responsabilidade, mas não por violação destes acordos o que leva a uma redução da força de aplicação e uma maior displicência na forma como as sociedades encaram estes instrumentos.

A exemplo do que foi anteriormente referido no ponto anterior a OCDE nas suas “Guidelines for Multinational Enterprises” definiu que se devem estabelecer “National Contact Points” (NPC’s) que são pontos de contacto entre os Estados e as sociedades com vista à promoção do cumprimento das *Guidelines* e que têm como base a troca de informações, os tais relatórios periódicos de atividades. No entanto e apesar de ser uma ideia muito meritória não existe qualquer responsabilidade jurídica para a sociedade que se recuse a fornecer estas informações para além de uma ideia de má publicidade para a própria sociedade que seria baseada na recusa de cooperação numa ação de garantia de proteção dos Direitos Humanos, uma espécie de penalização publicitária.

Posteriormente à elaboração das Guidelines e também da Declaração Tripartida a subcomissão das Nações Unidas, em 2003, apresentou um documento intitulado “*Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with Regard to Human Rights*” que consiste num conjunto de normas e princípios e assenta na ideia de que é o Estado quem tem o dever fundamental de zelar pela defesa e pela garantia do cumprimento dos Direitos Humanos no território sujeito à sua soberania, ou seja, não estamos portanto a impor estas obrigações diretamente às sociedades transnacionais mas sim aos Estados onde estas atuam ou onde têm a sua sede. Surge no princípio um²⁵ das “*norms...*” uma obrigação de as sociedades transnacionais nas suas atividades e práticas respeitarem os princípios básicos de Direitos Humanos, mais do que respeitarem estão obrigados a promover o cumprimento, garantir o respeito e assegurar que os Direitos Humanos são respeitados dentro da sua esfera de influência, torna-se assim imperativo entender aquilo que a expressão utilizada no documento, “esfera de influência”, significa e quais são os seus limites para conseguirmos perceber quais as reais obrigações das sociedades transnacionais.

Relativamente a esta expressão uma das formas de perceber a profundidade da mesma está relacionada com a conjugação de duas ideias, em primeiro lugar surge a questão de não se poder comparar as sociedades transnacionais aos Estados na medida em que estes têm obrigações e responsabilidades públicas perante os seus cidadãos que as sociedades

²⁵ Disponível em «<http://hrlibrary.umn.edu/links/norms-Aug2003.html>», A;

não têm, nomeadamente por serem exigidos aos Estados mecanismos de monitorização e garantia de cumprimento de direitos quando exista um potencial risco destes serem violados e consequentemente os cidadãos sejam afetados, em última instância o Estado prossegue fins públicos enquanto as sociedades prosseguem fins privados; em segundo lugar coloca-se a questão da importância galopante das sociedades transnacionais no panorama económico mas também no panorama social, ou seja, a quantidade de pessoas que estas sociedades empregam conduz a que estas entidades tenham o dever de garantir que os direitos humanos são integralmente cumpridos, se os Estados têm o dever de proteger os seus cidadãos é igualmente verdade que as sociedades têm o dever de proteger os seus trabalhadores, zelar pelo cumprimento dos direitos humanos nas suas relações laborais e práticas empresariais. Como é bom de ver esta junção destas ideias não estamos perante uma expressão com uma definição rigorosa e clara, assiste-se a uma certa vagueza que pode conduzir a dúvidas relativas a qual a “esfera de influência” onde a sociedade está obrigada a agir o que leva a um claro obstáculo na responsabilização destas sociedades.

Em suma várias conclusões se retiram deste processo histórico, em primeiro lugar parece por demais evidente que os esforços feitos no sentido de regular estas matérias demonstram inequivocamente um problema de vazio de regulação que necessita de tratamento jurídico no plano internacional; em segundo lugar percebe-se que já existem mecanismos de controle das atividades societárias no entanto ou estão dependentes dos Estados ou então dependentes da colaboração das sociedades transnacionais mas não existe de facto nenhum mecanismo diretamente aplicável às sociedades transnacionais e juridicamente vinculativo; em terceiro lugar podemos retirar destas tentativas algumas lições que devem ser utilizadas num plano futuro, o facto de ter de se harmonizar interesses políticos na discussão desta questão para não cometermos os erros cometidos pela Comissão das Nações Unidas para as Sociedades Transnacionais aquando da criação do Código de Conduta, o facto de ter se seguido as boas práticas da Organização Internacional do Trabalho e juntar à mesa das negociações todos os interessados na questão; e por fim concluir que estamos perante uma necessidade absoluta de regulamentação, se em 1970 já existia esta preocupação então nos nossos dias, com uma economia pungente em termos de importância e com a ascensão de grandes sociedades, tornou-se absolutamente vital para o equilíbrio social bem como para as obrigações da

comunidade internacional no zelo pelo respeito dos Direitos Humanos que seja construído um regime jurídico regulador desta matéria.

IV. Sociedades transnacionais e Direitos Humanos

Ultrapassada a evolução histórica dos Direitos Humanos e das sociedades transnacionais cabe agora juntar estas duas realidades e perceber quais os desafios que existem nestas matérias, perceber também quais as questões jurídicas que se levantam e por fim perceber de que forma podemos responder e resolver estes desafios.

Em primeiro lugar importa desde logo perceber qual é a visão do Direito Internacional quanto aos sujeitos não Estaduais, pois, em abono da verdade, se não ultrapassarmos esta questão então nunca poderemos imputar diretamente os Direitos Humanos às Sociedades Transnacionais; sobre esta questão cabe perceber que o Direito Internacional tem sofrido algumas alterações por evolução do próprio direito mas também com o aparecimento de novas realidades, uma dessas realidades é o aparecimento de novos sujeitos de Direito Internacional²⁶ contrariando a ideia clássica de que apenas os Estados e as organizações internacionais seriam sujeitos, sujeitos de Direitos Privados tais como os cidadãos mas também as sociedades começaram a ser considerados como tal uma vez que também estas começaram a ter grande influencia no desenrolar do Direito Internacional. Quanto às sociedades transnacionais interessa perceber que estas são essencialmente realidades económicas e que resultam de um processo de expansão da economia e do surgimento de novos agentes no panorama mundial; para além disto a importância que estas sociedades assumem hoje em dia é muito maior do que à primeira vista se pode alcançar, elas são responsáveis por grande parte dos postos de trabalho existentes no mundo, são também responsáveis, consequentemente, pelas condições de vida de muitos cidadãos e representam um grande peso na balança da economia mundial representando para muitos Estados a diferença entre o sucesso e o insucesso económico; são portanto decisivas para o respeito pelos direitos humanos na sociedade atual²⁷.

²⁶ Como por exemplo os indivíduos, que assumiram um papel essencial no Direito Internacional e como tal foram integrados como sujeitos e, mais tarde, os sujeitos de direito privado tais como as, sociedades comerciais, são também referidas como destinatários de normas de direito internacional.

²⁷ YUNUSOV, Khaydarali M., OK, Valeriya & OCHILDIYEV, Husniddin, The Roles and Responsibilities of Transnational Corporations with Regard to Human Rights p. 189;

Para percebermos esta evolução nos sujeitos de Direito Internacional convém entendermos os argumentos que sustentam a teoria clássica segundo a qual apenas os Estados e organizações internacionais seriam sujeitos de Direito Internacional, naquilo que se poderia chamar uma teoria intraestatal. Em primeiro lugar convém perceber que os Estados são os principais agentes do Direito Internacional, sendo de facto verdade que são estes que durante a história moldaram e firmaram o Direito Internacional com as suas condutas, sendo um direito feito por e para os Estados, a isto acrescenta-se ainda que são estes os sujeitos que têm o poder de soberania sobre pessoas e territórios, soberania esta que é reconhecida pelos poderes públicos que estão a cargo dos Estados e reconhecidos nas suas Constituições e na própria ideia de Estado. Em segundo lugar não podemos esquecer que a única entidade capaz de controlar e restringir a atividade de um Estado é outro Estado, ou seja, na balança da harmonização de interesses tem-se, por norma, em atenção os interesses dos Estados, sinal inequívoco que continuam a ser estes os sujeitos de Direito Internacional por excelência, semelhante será dizer que é através da responsabilidade dos Estados mediante o cumprimento ou incumprimento de obrigações que se atinge o balanço necessário para um clima de paz e harmonia internacional; em quarto lugar e por fim, continuam a ser os Estados os elementos mais fortes do Direito Internacional, são eles que constituem as organizações internacionais e portanto as decisões destas são um produto das vontades estatais, são também eles que têm a maior capacidade de monitorizar e garantir o cumprimento dos direitos e também são estes que têm ao seu dispor as ferramentas necessárias para a alteração do Direito Internacional bem como fazer a guerra ou a paz. Em suma não existe dúvida que os Estados são de facto o elemento mais decisivo e destacado do Direito Internacional.

Relativamente às sociedades transnacionais começar por dizer que não se questiona o seu papel menos importante face aos Estados, não é possível nem sustentável afirmar que as sociedades transnacionais têm o mesmo poder fáctico que os Estados têm, no entanto apesar do papel menos relevante as sociedades transnacionais têm uma importância que merece ser destacada bem como defendida. Em primeiro lugar e como já foi abordado variadas vezes anteriormente estamos perante um mundo onde a economia assume uma importância transversal a todos os aspetos da sociedade, desde o direito à política tudo se pode em última instância ligar à economia, ora é precisamente na economia que surgem as sociedades transnacionais, não aplicar o Direito Internacional diretamente às sociedades transnacionais seria, a meu ver, incorrer num erro de ausência de

reconhecimento de que estas entidades pela sua importância necessitam de uma regulamentação maior sob pena de aumentar um risco de violações do Direito Internacional, nomeadamente dos Direitos Humanos.

A propósito disto o Professor Eduardo Correia Baptista que não é certo que as sociedades comerciais tenham personalidade jurídica internacional, baseando a sua personalidade jurídica limitada no Direito dos Estrangeiros e como tal teria uma capacidade jurídica limitada por força do direito consuetudinário²⁸. Na mesma linha de raciocínio surge o Professor Jorge Bacelar Gouveia que entende que as sociedades transnacionais são produtos do direito interno encontrando-se, portanto, intimamente relacionadas aos direitos de cada Estado, sendo que o direito internacional apenas lhe reconhece direitos e obrigações internacionais específicas e em função da sua capacidade jurídica limitada²⁹.

Antes de procedermos convém percebermos o que significa ser sujeito de direito internacional, para tal utilizaremos a explicação de James Crawford³⁰, explicação esta que aponta duas características que identificam os sujeitos de direito internacional público, em primeiro lugar surge a capacidade de manter os seus direitos através da apresentação de queixas e em segundo lugar ser responsabilizado por violações do direito internacional quando tais queixas sejam deduzidas contra ele. Como se percebe é um conceito simples que assenta na capacidade de exercer e ser responsabilizado nos termos do direito internacional.

Dito isto cabe perceber onde é que existe uma semelhança entre o fenómeno das sociedades transnacionais e o dos Estados para percebermos como justificar que as sociedades transnacionais mereçam ser qualificadas como sujeitos de Direito Internacional.

Um primeiro argumento que pode ser utilizado é a sua importância no panorama mundial, argumento este que já foi abordado em pontos anteriores; um segundo argumento que pode ser apresentado está relacionado com a dimensão que essas sociedades podem atingir, um exemplo bem ilustrativo desta realidade é a análise comparativa entre o *cash flow* ou lucros das sociedades transnacionais e o de alguns Estados³¹, utilizando a tabela

²⁸ Eduardo Correia Baptista, Direito Internacional Público, Volume II, Almedina, p. 439;

²⁹ Jorge Bacelar Gouveia, Manual de Direito Internacional, Almedina, pp. 459 e 460;

³⁰ CRAWFORD, James, Brownlie's Principles of Public International Law, Oxford, 8th edition, p.115;

³¹ CRAWFORD... p. 122;

apresentada anteriormente³², rapidamente percebemos que há sociedades com maior poder económico que Estados o que desde logo contribui para que se esbata esta diferença de tratamento entre Estados e sociedades. Um terceiro argumento surge quando analisamos a questão dos deveres dos Estados no que diz respeito aos direitos dos cidadãos, o Estado tem o dever de proteger, respeitar e garantir o respeito pelos direitos dos cidadãos, poder-se-á pensar que este dever é exclusivo dos Estados no entanto as sociedades cresceram tanto que hoje assistimos a que grande sociedades tenham a seu cargo mais trabalhadores que muitos Estados têm cidadãos³³, ora isto levanta uma questão de um potencial risco de violação de direitos muito grandes e acarreta dificuldades adicionais pois muitas destas sociedades têm as suas estruturas divididas por vários Estados o que significa que empregam cidadãos de várias nacionalidades o que poderia levantar questões relacionadas com conflito de jurisdições ou duvidas na lei aplicável, portanto um entendimento ao nível do Direito Internacional das sociedades representaria também uma vantagem neste sentido; em quarto lugar podemos referir que o equilíbrio e a harmonia no cenário internacional se consegue através da consciencialização que os Estados estão limitados nas suas ações pela existência de um regime de responsabilidade internacional que apresenta um conjunto de penalizações por violação dos deveres a que os Estados estão vinculados, ou seja, criar um conjunto de obrigações para as sociedades transnacionais constituiria também uma vantagem na própria relação destas com Estados ou organizações internacionais pois seria possível apreender os limites segundo os quais as sociedades poderiam agir e iria conferir uma maior previsibilidade contribuindo para a harmonia internacional bem como para a gestão de expectativas.

Por tudo isto parece, a meu ver, necessário que se integrem as sociedades nos sujeitos de Direito Internacional uma vez que não o fazer constituiria uma lacuna que seria fatal para o tratamento presente e futuro do Direito Internacional, mas, sobretudo, dos Direitos Humanos uma vez que estas entidades privadas apresentam um grande risco de potencial violação dos Direitos Humanos nas suas relações laborais. Por outro seria também extremamente vantajoso esta integração por força da responsabilidade internacional e mesmo da estabilidade das relações que cada vez mais se desenvolvem entre Estados e

³² Supra... pág 1;

³³ O melhor exemplo é a Walmart que se apresenta nos seus quadros um numero de trabalhadores muito superior a grande parte dos Estados mundiais o que é bem representativo da importância destas sociedades;

sociedades transnacionais e tendo em conta o já referido importante papel que estas entidades desempenham no mundo atual.

Caminhos para a imposição dos Direitos Humanos

Tendo já sido apresentada a questão dos motivos que conduzem á necessidade de vinculação das sociedades transnacionais ao Direito Internacional cabe agora perceber de que forma é que este, no ramo dos Direitos Humanos que é o que me cabe desenvolver, pode ser aplicado para podermos definir quais e a quem serão imputadas as possíveis responsabilidades Internacionais decorrentes da violação destes direitos. Para tal dividirei a minha abordagem em duas formas de aplicação dos Direitos Humanos ás sociedades transnacionais, uma via direta e uma via indireta.

Em primeiro lugar e começando pela via direta podemos desde logo destacar a criação de um documento jurídico³⁴ diretamente aplicável ás sociedades transnacionais, esta solução apresenta à partida dois grandes desafios que necessitam de ser ultrapassados, o primeiro desafio é a laboração de um instrumento jurídico que contemplasse as especiais características e peculiaridades das sociedades transnacionais, estamos a falar de entidades que são provenientes do direito privado pelo que se torna necessário um documento com uma estrutura e metodologia diferente dos que se utilizam para os Estados; um segundo desafio que se coloca é encontrar um principio de necessidade³⁵ que justifique a alocação de meios para a realização deste instrumento, é necessário provar que existe uma lacuna e que urge a necessidade de se elaborar este documento de forma a que toda a comunidade internacional adira a esta iniciativa.

Podem-se identificar neste projeto de realização de um mecanismo de regulação único para as sociedades transnacionais vários objetivos, em primeiro lugar surge a regulação direta das práticas e políticas destas entidades através de um mecanismo de aplicação direta e não dependente das políticas nacionais; como segundo objetivo surge a tentativa de proporcionar uma reunião de todos os princípios e preceitos sobre a questão numa espécie de uniformização e compilação de princípios; um terceiro e ultimo objetivo reside

³⁴ Transnational Corporations and Human Rights, edited by Jędrzej George Frynas and Scott Pegg, pág. 54 e ss, Palgrave, 2003;

³⁵ Janet Dine... pág 178 citando o Tribunal Internacional de Justiça;

na vontade de que seja assegurado um maior cumprimento dos padrões de respeito pelos Direitos Humanos através de uma harmonização com as legislações nacionais de cada Estado.

Uma outra questão que merece ser abordada é qual será a estrutura material do documento, estrutura esta que pode ser de âmbito geral, integrando no documento todos os princípios segundo os quais se deve atuar com a desvantagem de se fazer apenas uma abordagem geral, numa espécie de lei de base dos direitos humanos sem aprofundar especificamente nenhum deles mas tem a vantagem de ser muito abrangente e de virtualmente abarcar qualquer situação de violação de direitos; por outro lado podemos ter um documento onde esteja presente um conteúdo mais especializado e que vise menos áreas mas que as desenvolva em maior pormenor, como vantagem teríamos um regime jurídico mais denso e portanto mais seguro, no entanto como desvantagem surgiria, talvez, uma insuficiência material que poderia resultar na necessidade de incluir novas matérias numa futura situação de violação que não se enquadrasse na estatuição dos direitos que o documento viesse a prever.

Questão diversa é a da forma como o documento se iria impor, ou seja, a sua vinculatividade e a sua forma de aplicação. A questão coloca-se entre documento de aplicação direta, é aplicado diretamente apesar de poder não existir vontade para que o documento seja aplicado, ou de adesão voluntária, é necessário que exista uma manifestação de vontade para que o documento se aplique, quanto à primeira forma de aplicação apresenta a vantagem de não depender de vontades e interesses para ser aplicado, a forma de adesão voluntária confere uma maior amplitude de ação aos Estados e poderia ser melhor aceite por estes já que lhes daria uma ideia de poder ao invés de os submeter a uma vinculação forçada que poderia levantar questões de soberania estatal. Poderíamos também considerar três tipos de documentos para decidirmos quanto à sua vinculatividade, se estaríamos perante uma convenção ou tratado, a forma vinculativa que implica processos de aprovação; se estaríamos perante uma declaração de princípios, que não traria uma obrigação, mas sim uma espécie de acordo de cavalheiros ou por fim se estaríamos perante uma resolução. De referir ainda que um documento que apresentasse normas mais gerais e que concedesse aos Estados uma maior amplitude na transposição seria melhor aceite a nível político do que um documento com regras muito determinadas.

No entanto existem algumas desvantagens, desde logo a grande dificuldade em negociar e aprovar um código com esta dimensão, quer material quer técnica; em segundo lugar a

necessidade de uma grande quantidade de recursos, técnicos e financeiros, para a realização de um código que incluísse uma componente administrativa, técnica, corporativa, fiscal etc.; recursos estes que apenas poderiam vir das organizações internacionais e não é um processo fácil a libertação destes fundos; em terceiro lugar coloca-se a dificuldade que muitos Estados teriam em aplicar, a nível de política legislativa mas também a nível da monitorização, este documento pois em abono da verdade estaríamos sempre dependentes do Estado e da sua capacidade para proceder à fiscalização.

Relativamente á via indireta de aplicação esta seria assente na capacidade de fiscalização dos Estados, ou seja, caberia os Estados a monitorização e garantia do cumprimento dos Direitos Humanos. Estaríamos perante uma obrigação de aplicação primaria dos Direitos Humanos por parte dos Estados ás sociedades transnacionais que atuem dentro da sua área de soberania.

Colocam-se varias questões relativas a esta via de aplicação, em primeiro lugar estamos perante uma oneração aos Estados de que estes tenham conhecimento de todos os códigos de conduta de uma sociedade, ou de várias, bem como de direito comercial e , porque não, de Direito Internacional pois só assim poderia fazer a ligação entre a prática da sociedade e a violação da estatuição da norma de Direitos Humanos e assim concluir pela violação dos Direito Humanos³⁶; este problema seria sempre colocado pois muitas vezes os Estados não têm este tipo de capacidade de monitorização e podemos apresentar aqui alguns motivos para isto, o primeiro motivo prende-se com a inexistência de suficientes recursos técnicos para proceder a esta analise da confrontação de práticas corporativas e de direitos e, por outro lado, coloca-se a questão de a complexidade das sociedades transnacionais tornar muito difícil aos Estados com menos recursos aferir a generalidade, ou pelo menos uma amostra convincente, das práticas corporativas.

Um outro problema está relacionado com a incapacidade de muitos em conseguirem monitorizar ações privadas nos seus territórios, vários motivos se apresentam como concorrentes para que esta afirmação se torne verdade; um primeiro motivo está relacionado com a falta de recursos e meios técnicos ou monetários, por simples falta de liquidez financeira o Estado não pode alocar recursos económicos para a investigação das condutas destas entidades ou pode, muito simplesmente, não ter ninguém ao seu alcance

³⁶ Janet Dine..., pág 179

que tenha conhecimentos técnicos e jurídicos suficientes para se promover a uma monitorização para fins de responsabilidade por violação do Direito Internacional, sendo certo que estes processos acarretam conhecimentos em várias áreas como sendo o direito comercial, o direito internacional e os direitos humanos pois só assim seria possível fazer a ligação entre condutas e estatuições.

Uma outra questão que vale a pena ser abordada prende-se com a falta de vontade política para se promover estas ações de monitorização contra entidades importantes e com influencia no mundo económico, a falta de vontade política pode assumir várias faces, uma primeira tem a ver com a falta de vontade política para proceder a este controle, podemos estar perante um Estado que está economicamente fragilizado e apresenta uma determinada dependência económica de uma sociedade transnacional que está no seu território e portanto não quer dar início a um processo de fiscalização de práticas empresariais porque não quer prejudicar as relações económicas que tem com essa sociedade³⁷, mais uma vez reafirmo que no seio do Direito Internacional a política tem muito peso; uma segunda abordagem relativa á falta de vontade política está relacionada com a ausência de um poder central definido e independente nalguns Estados, ou seja, não existe um poder central que seja o centro de tomada de decisões que represente inequivocamente a vontade do Estado, esta situação pode ser observada em muitos Estados que estão submersos em guerras civis e lutas pelo poder o que leva a uma desfragmentação da estrutura de soberania e leva a que o poder se dissipe pelo que se torna muito pouco provável que no meio desse caos se forme uma comissão com o intuito de fiscalizar ações contra uma sociedade transnacional, mais do que isso, nestas situações nem sequer existiria a possibilidade de se utilizarem recursos para tal uma vez que a monitorização das atividades das ações privadas por sociedades não estão nos objetivos dos representantes do poder nestas situações; poder-se-á dizer, no entanto, que esta situação só ocorreria em Estados substancialmente pouco desenvolvidos sem uma estrutura social e como tal não seria nos Estados que albergam as sociedades transnacionais, ora isto não corresponde à verdade, as sociedades transnacionais para evitarem obstáculos jurídicos nas suas atividades bem como para potencializarem os recursos desses Estados, tais como as remunerações baixas e a mão de obra abundante pouco reivindicativa, e assim maximizarem os seus lucros operam muitas vezes nestes

³⁷ YUNUSOV, Khaydarali M., OK, Valeriya & OCHILDIYEV, Husniddin, The Roles and Responsibilities of Transnational Corporations with Regard to Human Rights, p. 191;

Estados, ou seja, onde estes problemas se colocam é onde as sociedades encontraram o seu nicho de produção e onde existe o maior risco de potencial violação dos Direitos Humanos sem que os Estados tenham capacidade ou vontade de atuarem em busca de inverter ou regularizar a situação.

Ainda acrescentar relativamente à via de aplicação indireta que teria de ser utilizado o Direito Interno de cada Estado de forma a que se consiga responsabilizar alguma sociedade transnacional pela violação dos Direitos Humanos, isto pressupõe que exista uma harmonização entre as normas de Direito Internacional, especialmente com os Direitos Humanos, e as normas de direito internacional de forma a que não haja conflitos relativamente à lei a aplicar em caso de violação. Assim sendo temos duas formas de atuar em caso de imputação de responsabilidades, a primeira consiste em integrar nas legislações nacionais normas de Direito Internacional, como acontece em Portugal na sua Constituição através do artigo 8º³⁸, ou que permitam uma aplicação judicial destas normas caso tal seja necessário; um exemplo demonstrativo desta ideia é o caso *X and Y vs The Netherlands*³⁹ onde uma pré adolescente com deficiência foi violada pelo genro de um diretor de uma empresa farmacêutica com sede na Holanda, ora o Tribunal não propôs nenhuma ação contra o agressor por considerar que as condutas não integram um crime que o Tribunal possa prosseguir, este não prosseguimento do caso levou a que este caso fosse depois presente ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, posteriormente este veio a concluir que o governo holandês deveria ter assegurado que este caso seria julgado e como tal deveria ter integrado na sua legislação para que não se permitisse que este crime ficasse sem penalização. Tudo isto para dizer que os Estados devem fazer um esforço para suprirem ao máximo as lacunas ou pontos cinzentos por onde as sociedades

³⁸ “Artigo 8.º

Direito internacional

1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.
2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.
3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respetivos tratados constitutivos.
4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.”

³⁹

Disponível

em

«https://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/x%20and%20y%20v%20the%20netherlands_EN.asp»;

transnacionais possam explorar e assim escapar impunes a violações de Direitos Humanos.

V. Responsabilidade pela violação de Direitos Humanos

Em primeiro lugar convém perceber três clarificações que creio que são apropriadas para uma melhor compreensão deste tema e que são propostas por Jason Karp⁴⁰; a primeira está relacionada com duas visões diferentes sobre a relação entre direitos humanos e responsabilidade pelos direitos humanos, a primeira visão é a de que uma teoria dos direitos humanos deve ser apenas uma lista ao qual todos as pessoas estariam vinculadas, a segunda visão baseia-se na ideia de que qualquer discussão sobre direitos humanos estaria dependente da definição de cada agente; ou seja quando se falar da responsabilidade por violação dos direitos humanos devemos ter em atenção dois pontos, quais os direitos humanos que constituem o corpo da violação e quais as entidades ou agentes que estão vinculadas por estes direitos humanos.

A segunda clarificação está relacionada com a possibilidade de as sociedades transnacionais serem agentes morais da violação de direitos humanos⁴¹, para serem considerados agentes morais têm de ter uma estrutura de tomada de decisões, que consista numa unidade de decisão bem como numa capacidade de processar informação, nomeadamente interpretar e agir segundo essas regras. Esta capacidade tem de apresentar um elo humano pelo que é preciso perceber que por de trás de uma decisão corporativa há um elemento volitivo humano que convém apontar; por outro lado é mais difícil perceber se exista uma unidade de ação, no entanto para que tal ocorra é necessário que existam responsáveis pelos atos que violem os direitos humanos para podermos falar em agentes materiais⁴².

Por fim uma terceira clarificação prende-se com a definição de teoria política internacional, que alguns autores consideram ser uma clarificação de princípios e valores presentes na política internacional; por outro lado, é definida como uma tentativa de

⁴⁰ KARP, David Jason, Responsibility for Human Rights, Transnational Corporations in Imperfect States, p. 7;

⁴¹ KARP... p. 8;

⁴² Karp... p. 11;

explicar as relações internacionais de um ponto de vista académico; quanto à visão de Karp podemos definir teoria política internacional como a aplicação de teorias políticas a questões internacionais com base, por um lado, na convicção que realidade internacional não prescinde de uma aplicação de teorias e mecanismos políticos ou, por outro lado, na convicção que na realidade internacional se atua com uma semelhança, ainda que mínima, com o que se estuda na teoria política⁴³.

Tudo isto para percebermos o que está em causa quando falamos em responsabilidade por violação dos direitos humanos, bem como para entendermos algumas condicionantes que necessitamos de ter em conta antes de avançarmos mais no tema da responsabilidade; assim sendo a ideia de responsabilidade está sempre associada a questões como “o que está a ser violado?”, “quem viola?” e por último se quem viola pode ser responsabilizado e a que nível se pode responsabilizar.

Em segundo lugar e antes de fazermos a análise de quem responde por estas violações convém percebermos o que estamos a tratar quando falamos de responsabilidade neste sentido, em primeiro lugar é preciso perceber quem é responsável e até que ponto é responsável, é também importante perceber qual a sanção e em que medida esta varia consoante a responsabilidade e por fim perceber como é que esta responsabilidade é tratada. Importa também perceber que a responsabilidade do Estado é tratada pela Comissão de Direito Internacional e a responsabilidade criminal é tratada pelos tribunais internacionais o tipo de responsabilidade que abordo neste trabalho é ligeiramente diferente, uma responsabilidade social e, portanto, mais difusa na forma como é tratada, mas também quem tem a responsabilidade pela sua violação. Seguirei, portanto, neste capítulo uma estrutura tripartida e abordarei individualmente a responsabilidade de três agentes, em primeiro lugar os Estados, em segundo lugar a responsabilidade corporativa e em terceiro lugar a responsabilidade individual⁴⁴.

1. O dever de assistência de Rawls

Uma pista importante para percebermos qual o papel das sociedades e dos Estados nesta questão pode ser dada na conceção de Rawls do “Dever de Assistência”. Ora este dever

⁴³ Karp... p. 12;

⁴⁴ Who Is Responsible for Corporate Human Rights Violations? Viljam Engström;

surge nas sociedades sobrecarregadas, sendo estas aquelas que são marcadas por condições desfavoráveis⁴⁵, nomeadamente em termos culturais e económicos, que impedem a sua organização e a sua evolução. Ora este dever surge quando consideramos que as sociedades mais evoluídas e que não estão num Estado evolutivo tão atrasado têm um dever de assistir estas sociedades sobrecarregadas para que estas consigam ultrapassar os seus problemas.

Rawls dá então três orientações para o dever de assistência, em primeiro lugar surge a ideia de que a organização de uma sociedade não está relacionada com a sua riqueza⁴⁶ dando a propósito desta afirmação, três indicações para que tal seja possível, o primeiro está relacionado com o estabelecimento de instituições democráticas que assegurem que que todos os cidadãos tenham uma vida justa e condigna; o segundo ponto relaciona-se com uma ideia de poupança real, ou seja, aumento de stock, aumento da tecnologia e limitação da utilização dos recursos de forma a potenciar ao máximo a utilização dos recursos existentes e assim reduzir desperdícios e utilizações erradas destes; por fim o terceiro ponto é o que não é necessário um alto nível de riqueza para que se obtenha uma sociedade justa, basta ter em atenção que o valor necessário para criar instituições justas pode estar dependente da história e da conceção de igualdade dessa mesma sociedade⁴⁷.

A segunda orientação reside no facto de existir uma relação quase embrionária entre a cultura política e social e a riqueza de uma sociedade; ou seja existe a possibilidade de uma sociedade com poucos recursos ser uma sociedade perfeitamente justa, mais ainda, as sociedades que já alcançaram este nível de evolução e de justiça devem auxiliar a que as sociedades sobrecarregadas atinjam também este patamar; para que tal possa acontecer não é obrigatório que seja um auxílio monetário⁴⁸ mas sim conselhos e muitas vezes serem exemplo de práticas que promovam a justiça. Por outro lado, referir ainda que o tratamento dos Direitos Humanos contribui de forma fulcral para que se atinja o nível de evolução social e política que permita uma sociedade mais justa e igualitária.

⁴⁵ A lei dos Povos e a Ideia de Revisão Pública Revisitada, John Rawls, tradução de “The Law of Peoples”, Edições 70, 2014 p. 133;

⁴⁶ A lei dos Povos e a Ideia de Revisão Pública Revisitada, John Rawls, tradução de “The Law of Peoples”, Edições 70, 2014 p. 134;

⁴⁷ A lei dos Povos e a Ideia de Revisão Pública Revisitada, John Rawls, tradução de “The Law of Peoples”, Edições 70, 2014 p. 135;

⁴⁸ A lei dos Povos e a Ideia de Revisão Pública Revisitada, John Rawls, tradução de “The Law of Peoples”, Edições 70, 2014 p. 139;

Por fim a terceira orientação está relacionada com o alvo do dever de assistência, não se pretende uma ingerência e que sejam as sociedades ordenadas que regulem e resolvam os problemas das sociedades sobrecarregadas, antes pretende-se que sejam estas a regular os seus próprios povos de forma racional⁴⁹. Ora este princípio de que deve ser a própria sociedade a reger os seus destinos contribui para uma importante ideia de autodeterminação dos povos e igualdade entre Estados, por outro lado este espírito de cooperação internacional serve como catalisador de uma sociedade internacional mais unida e onde cessem os ódios entre povos.

Poder-se-á questionar qual o contributo desta ideia de dever de assistência de Rawls e a pergunta seria que esta é uma boa forma de encararmos as responsabilidades das sociedades transnacionais no seio dos direitos humanos, especialmente nos responsáveis pelas práticas destas sociedades; podemos então destacar três grandes contributos que estas ideias de Rawls podem dar⁵⁰, em primeiro lugar servem de orientação para que se considere que as sociedades transnacionais são uma extensão dos indivíduos que tomam as decisões dentro da hierarquia corporativa; em segundo lugar pois colocam a questão do auxílio e da cooperação entre sociedades e Estados para a construção de uma sociedade mais justa e equitativa em perspetiva, uma vez que as sociedades têm de ser encaradas como um fator decisivo no que toca à evolução da sociedade e especialmente das sociedades sobrecarregadas; por fim e em terceiro lugar pois torna-se mais fácil perceber o papel das sociedades transnacionais se o entendermos à luz das noções de justiça que Rawls apresenta na sua ideia de sociedade organizada.

2. Responsabilidade do Estado

A grande questão é responsabilizar o Estado de forma primária por atos de terceiro, no caso sociedades transnacionais. Em princípio o estado apenas pode ser responsabilizado caso pratique um ato ilícito⁵¹ ou viole uma obrigação internacional à qual esteja vinculado⁵². Assim sendo um ato de terceiro só seria da responsabilidade do Estado

⁴⁹ A lei dos Povos e a Ideia de Revisão Pública Revisitada, John Rawls, tradução de “The Law of Peoples”, Edições 70, 2014 p. 140;

⁵⁰ HSIEH, Nien-he, The Obligations Of Transnational Corporations: Rawlsian Justice And The Duty Of Assistance, p. 658;

⁵¹ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, Artigo 1º and 2/A;

⁵² Responsibility..., Artigo 2/B;

quando este terceiro fosse um órgão do Estado, atuasse com conhecimento deste ou caso exercesse elementos de autoridade estatal⁵³. Assim sendo torna-se necessário entender em que medida existiria esta responsabilidade direta. Ou a Convenção diretamente vinculasse os Estados pelos atos das sociedades que fossem contrários aos direitos humanos e que o estado tivesse a obrigação de controlar ou então a convenção estabeleceria uma série de parâmetros segundo os quais o Estado deveria conformar a sua atuação no controle das sociedades e daí resultaria a responsabilidade do Estado.

Esta tentativa de responsabilizar os Estados encontra obstáculos⁵⁴:

Em primeiro lugar coloca-se a questão de os Direitos Humanos, por regra, não apresentarem graus de violação, por oposição ao direito interno. Não existindo uma gradação torna-se difícil definir o nível de culpa do Estado.

Em segundo lugar torna-se necessário compilar estes direitos de forma a existir uma maior noção e universalidade dos direitos até porque se tornaria mais fácil definir qual a conduta a seguir por parte dos Estados e sociedades e, por outro lado, torna-se também mais fácil perceber a violação que foi cometida.

Se o caso da responsabilidade da Sociedade for a adotada então coloca-se a tradicional discussão sobre a possibilidade de entidades privadas podem ser sujeitos de Direito Internacional que será tratada mais à frente.

Findada esta introdução cabe agora perceber que a primeira coisa que devemos ter em mente quando imputamos aos Estados a responsabilidade pela violação dos Direitos Humanos é que são estes os principais portadores e garantes do cumprimento destes direitos pelo próprio Direito Internacional. Como já foi anteriormente referido estamos numa fase da realidade internacional em que o papel dos Estados tem sofrido algumas perturbações e tem sido, de certa forma, renegado para um segundo plano, mais que isto o papel das sociedades transnacionais tem assumido uma importância tal no panorama internacional que aliado à diminuição do papel dos Estados poderia dar origem a que existisse uma difusão da responsabilidade estatal que levaria a um enfraquecimento desta ideia de responsabilidade dos Estados; no entanto e apesar de tudo o que foi referido os

⁵³ BUHMANN, Karin, ROSEBERRY, Lynn and MORSING, Mette, MACMILLAN, Palgrave (ed.), *Corporate Social and Human Rights Responsibilities*, p. 36;

⁵⁴ GIBNEY Mark, *Beyond Individual Accountability: The Meaning of State Responsibility in Human Rights Protection in Global Politics* Responsibilities of States and Non-State Actors edited by Kurt Mills and David Jason Karp, pág 93;

Estados continuam e continuarão a ser, como já foi alias referido, os principais sujeitos de Direito Internacional e como tal a sua responsabilidade não sofre nenhuma perturbação.

A responsabilidade internacional por violação dos Direitos Humanos é ativada quando um Estado, mediante uma ação positiva ou negativa, uma omissão, incumpre determinadas obrigações a que estava vinculado, para melhor demonstrar esta questão da ação positiva e negativa vejamos o exemplo do artigo 2/1 da Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁵⁵ onde nos é dito que “Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.” Conforme se percebe pela análise deste artigo existem duas obrigações que são impostas aos Estados, a obrigação de respeitar e a obrigação de assegurar, ora esta diferença reside precisamente no tipo de ação que o Estado está obrigado a prosseguir, por um lado o respeito refere-se a uma omissão de praticar ações que ponham em risco o cumprimento dos direitos e por outro lado a obrigação de assegurar corresponde a uma obrigação positiva de tomada de medidas que garantam o cumprimento destes direitos.

Tendo já analisado a questão dos Direitos Humanos podemos passar agora para a responsabilidade estatal no seio do Direito Internacional, nesta área podemos desde logo começar por referir os “Draft Articles on State Responsibility”⁵⁶ da Comissão de Direito Internacional onde estão previstas as situações que consubstanciam a situação de responsabilidade do Estado “There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: Is attributable to the State under international law; and Constitutes a breach of an international obligation of the State.” Daqui podemos retirar que a ideia de responsabilidade do Estado está muito assente no elemento de controlo que nos conduz para o elemento governativo, tem de existir um elemento de soberania e de controlo para que se possa acercar ao Estado a responsabilidade pelo ato, esta afirmação encontra base no artigo 4º⁵⁷ bem como no artigo

⁵⁵ Disponível em <<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>>;

⁵⁶ Disponível em <<https://casebook.icrc.org/case-study/international-law-commission-articles-state-responsibility>>;

⁵⁷ Este artigo torna-se mais fácil de compreender se utilizarmos a expressão “conduct” de forma a que integre tanto as ações como as omissões bem como se entendermos que o Estado está obrigado a garantir que não existem violações por parte das sociedades transnacionais e que está igualmente vinculado a

5º do referido documento⁵⁸. Por outro lado podemos encontrar uma pista bastante esclarecedora nesta matéria no artigo 12 das “Draft Norms”, apesar deste documento estar mais preocupado com as ações do Estado ou de alguém que aja em representação deste ou mesmo munido dos seus recursos ou então quando seja alvo de algum tipo de controle por parte deste, neste artigo 12 é referido que quando um Estado atua contrariamente a uma obrigação a que estaria vinculado então estamos perante uma quebra da obrigação internacional independentemente de quem a pratica, “(...)regardless of its character”, isto significa que podemos ter uma omissão do Estado que em não impedir que outras entidades cometessem violações dos Direitos Humanos que seja tida como um ato internacional ilícito apesar de não ter sido o Estado a praticá-la⁵⁹.

Cabe agora perceber qual é a relação entre estes dois documentos que foram citados, o relativo aos Direitos Humanos e o relativo à responsabilidade por ato ilícito do Estado, para isso convém perceber se faz sentido utilizar as “Draft Norms” para perceber e aplicar os Direitos Humanos.

Uma primeira aproximação pode ser referenciada tendo em base o comentário às “Draft Norms” onde nos é dito que esse documento não constitui o conjunto de obrigações a que os Estados estão vinculados mas sim um conjunto geral de regras de direito internacional como tal não podem ser alvo de críticas relacionadas com a sua excessiva generalidade e do facto de serem muito vagas e não contribuírem para o respeito pelos Direitos Humanos pois este documento não tem a função de regular nenhuma matéria em específico, ainda relativamente a isto convém dizer que os princípios emanados deste documento não se substituem a nenhuma outra obrigação internacional. Por outro lado, podemos também referir que este documento se aplica a toda e qualquer obrigação a que os Estados estejam vinculados, a quem quer que estejam vinculados, como por exemplo as obrigações para com os seus cidadãos apesar de não estarem no plano internacional são-lhes aplicáveis este documento.

fornecer os mecanismos necessários para garantir o acesso à justiça nos tribunais internos BUHMANN, Karin, ROSEBERRY, Lynn and MORSING, Mette, MACMILLAN, Palgrave (ed.), *Corporate Social and Human Rights Responsibilities*, p. 44;

⁵⁸ Relativamente ao artigo 5º dizer que este artigo só se aplicaria caso estivéssemos a falar de entidades privadas que receberam uma aprovação estatal para o exercício de poderes de carácter público, BUHMANN, Karin, ROSEBERRY, Lynn and MORSING, Mette, MACMILLAN, Palgrave (ed.), *Corporate Social and Human Rights Responsibilities*, p. 41;

⁵⁹ Who Is Responsible for Corporate Human Rights Violations? Viljam Engström, p. 15;

Surge agora uma importante questão relacionada com a responsabilidade por violação de direitos por parte das sociedades transnacionais iria surgir na esfera do Estado onde está a sede da sociedade, Estado de origem ou Home State ou se surgiria na esfera do Estado onde as sociedades exercem a sua atividade, Estado recetor ou Host State⁶⁰.

Quanto às responsabilidades do estado onde a sociedade surgiu, Home State, foi anteriormente referido aquando da citação do caso “*Nicarágua*” onde se diz que o Estado é responsável pelas condutas das sociedades transnacionais ainda que não tivesse nenhum controlo sobre elas, no entanto era necessário que o Estado tivesse alguma forma de controlo e assim poder evitar que as violações fossem cometidas. Um contributo decisivo para esta matéria é o dado pelo Comité de Direitos Humanos onde disse que a expressão “within its territory and subject to its jurisdiction” presente na da Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos não quer significar que a sociedade por praticar atividades num outro Estado não seja mais responsabilizado o Estado de origem. Um outro facto que merece ser destacado é o facto de as atividades económicas das sociedades transnacionais e o seu sucesso seriam vantajosos não só para a própria sociedade, mas também para o Estado de origem, pois em princípio é onde estará a sua sede fiscal e, portanto, onde paga impostos, e como tal poder-se-ia falar de um certo dever moral de controlo das atividades destas sociedades⁶¹.

Por outro lado, relativamente ao Estado hospedeiro, Host State, a questão parece um pouco mais simples, quando existe uma violação de um direito o primeiro passo que deve ser tomado é olhar para a ação e perceber o que falhou na jurisdição que o Estado onde ocorreu a violação tem, assim sendo o Estado teria responsabilidade por não ter conseguido proteger os seus cidadãos da conduta de entidades privadas. Esta responsabilidade seria indireta uma vez que não foi o Estado que praticou a conduta ilícita, mas seria direta caso tivesse havido uma ação do Estado.

Um outro conceito que interessa abordar é o “due diligence” que define a violação dos Direitos Humanos pelas sociedades transnacionais. Ora este conceito assenta na ideia de definição se existe uma obrigação de garantir o respeito pelos Direitos Humanos e se essa

⁶⁰ Esta questão é igualmente abordada por Sara Sek, na obra “BUHMANN, Karin, ROSEBERRY, Lynn and MORSING, Mette, MACMILLAN, Palgrave (ed.), *Corporate Social and Human Rights Responsibilities*, pp. 29 e ss, onde se torna essencial perceber qual a ligação territorial entre o Estado e a sociedade transnacional de forma a perceber quem tem a responsabilidade pelas praticas destas entidades uma vez que estariam dentro da sua jurisdição;

⁶¹ Engström, p. 19

obrigação foi violada, dando lugar assim a responsabilidade internacional independentemente de estarmos a falar do Estado de origem ou do Estado recetor. Uma outra característica é de que este conceito apresenta um carácter muito casual, as conclusões terão sempre de ser tiradas caso a caso não sendo possível utilizar uma regra geral para a caracterizar. Para melhor se perceber estamos a falar de uma situação semelhante ao nexo de causalidade entre uma violação e uma obrigação, caso a violação não pudesse ser evitada então não estaríamos perante uma conduta ilícita e como tal não existiria lugar a responsabilidade internacional. Relacionado com esta ideia surge também a ideia de previsibilidade, sendo certo que é impossível um Estado prever acontecimentos futuros, pode, no mínimo, acautelar cenários que se apresentem como fortemente prováveis de acontecerem. Por fim uma ultima observação sobre este conceito, importa saber até onde é que o Estado está obrigado a agir de forma a não ser responsabilizado por não ter tomado as medidas necessárias para que a violação não se realizasse, e a resposta a isto está na própria disponibilidade do Estado, não seria certamente exigível a um Estado algo que os seus meios materiais não permitissem que acontecesse, não obstante isto parece sustentável e lógico argumentar que estas medidas deveriam ser mais exigentes em situações de respeito pelos Direitos Humanos do que noutras áreas, ou seja exigir-se-ia mais esforço de um Estado nas situações de potencial violação dos Direitos Humanos.

Cabe ainda referir que a principal intenção em imputar as violações dos Direitos Humanos pelas sociedades transnacionais aos Estados é fazer com que os Estados pressionem mais as sociedades de forma a que não cometam nenhuma atitude capaz de os prejudicar. Por outro lado temos de ter em atenção que quando falamos em responsabilidade do Estado recetor podemos estar a aplicar este principio a realidades em que as sociedades transnacionais são mais fortes, em termos económicos, que os Estados onde atuam; assim sendo parece ser mais justificado que se envergue por uma responsabilidade do Estado de origem, desde logo pois a maior parte das sociedades transnacionais nasce em Estados com considerável capacidade económica, no mínimo, e como tal não se colocaria a questão da incapacidade de monitorização e fiscalização, apesar desta vantagem iria certamente criar dificuldades no plano económico uma vez que os Estados poderiam estrangular as sociedades com medidas que garantissem que estes não iriam ser responsabilizados, por outro lado iria criar situações de desigualdade relativamente a outros Estados.

Em suma há ainda muito a fazer no que toca à responsabilidade dos Estados por violações cometidas pelas sociedades transnacionais, seja porque as especificações da responsabilidade do Estado recetor ou do Estado de origem ainda não permitem tirar nenhuma conclusão prática sobre a melhor forma de imputar esta responsabilidade, de um lado argumenta-se a impossibilidade que pode ocorrer de o Estado recetor monitorizar as atividades corporativas do outro diz-se que a teoria da responsabilidade do Estado de origem apresenta a consequência de a atividade empresarial poder ser prejudicada por medo de futuras represálias bem como a criação de situações de desigualdade. No fundo e apesar desta ser uma boa ideia, o esquema e a estrutura de Direitos Humanos ainda não se apresenta maduro o suficiente para que tais imputações se façam; é também verdade que a própria construção da realidade internacional aliada a uma sociedade cada vez mais focada no bem-estar económico torna as sociedades transnacionais incrivelmente difíceis de monitorizar e talvez constituam uma onerosidade excessiva para os Estados que pode produzir um efeito contrário ao desejado.

3. Responsabilidade corporativa

Antes de passarmos à análise mais jurídica e técnica da questão convém fazer primeiro uma breve introdução sobre aquilo em que se baseia a responsabilidade corporativa e que se pode desde já dizer que se baseia na introdução de uma série de valores morais e éticos que visam nortear as práticas corporativas, muitas vezes sacrificando o lucro máximo, principal fim das sociedades comerciais, em virtude do respeito pelos Direitos Humanos.

Como é bom de ver esta teoria da inclusão destes valores éticos e morais foi criticada de uma forma muito acesa; podemos destacar algumas críticas que foram feitas a este respeito; desde logo a primeira crítica que é feita está relacionada com a difusão de objetivos, muitas vezes o que acontece é tentar conjugar uma variedade de direitos pouco relacionados entre eles pode criar dificuldades de interligação e em último caso funcionarão como o exato oposto do que se pretende, podendo até tornar o conceito de responsabilidade corporativa por violação destes valores impossível de alcançar⁶².

⁶² DINE, Janet... pág 223;

A segunda crítica foi objeto de um grande debate no ano de 1930 e concentra-se na inexistência de um método de definir o comportamento do diretor, o principal argumento avançado é a tradicional divisão entre propriedade e controlo que basicamente nos diz que o diretor tem de agir de acordo com a direção e como tal na sua ação tem de ter sempre em atenção o interesse dos acionistas o que torna muito difícil avaliar a sua responsabilidade uma vez que este não atua em nome próprio mas sim em representação de um outro interesse.

A terceira crítica apontada é o peso que se dá a cada grupo de interesses, o argumento apontado é o de que como não existe uma hierarquia de interesses se torna impossível avaliarmos quais os interesses que deviam ter sido atendidos, os dos acionistas, dos trabalhadores ou por exemplo os da proteção do ambiente. Este argumento torna-se ainda mais válido a partir do momento em que o principal objetivo de uma sociedade é o lucro e práticas que visem a redução ou impeçam a obtenção de lucro são consideradas contra o fim da sociedade, no entanto reconhece-se que a matéria dos Direitos Humanos, até por lhe ser reconhecido um valor semelhante ao do direito consuetudinário, assume-se como um interesse que nunca pode ser renegado para segundo plano relativamente à obtenção de lucro, ou seja, as sociedades deverão nas suas atividades procurar atingir o maior lucro possível dentro dos limites do íntegro respeito pelos Direitos Humanos.

Façamos agora um pequeno enquadramento jurídico da questão tentando perceber onde é que o tema se encontra regulado e quais os pontos de análise para uma melhor compreensão do tema. O primeiro ponto de análise em relação à responsabilidade corporativa pressupõe que tenhamos em conta o “Global Compact”⁶³ das Nações Unidas. Quanto a este instrumento não estamos perante um meio de estabelecer códigos de conduta, mas uma plataforma que pretende o conhecimento e a aprendizagem, utilizando a transparência e o diálogo para promover as boas práticas com base nos princípios universais. Estão incluídos nesta plataforma os capítulos relativos aos Direitos Humanos, ao trabalho, ao ambiente e por fim a responsabilidade corporativa. O que é inovador em termos de abordagem é o facto de se utilizar o espírito já presente na Declaração Tripartida da Organização Mundial de Trabalho de reunião entre as partes interessadas nesta questão permitindo assim, no espírito do diálogo e da transparência, chegar a soluções que tenham duração no tempo.

⁶³ Disponível em «<https://www.unglobalcompact.org/>»;

Um outro ponto de vista importante é o presente nos “Green Papers”⁶⁴ da Comissão Europeia, segundo este documento o conceito de responsabilidade corporativa parte da relação entre o estabelecimento de padrões legais mínimos e a colaboração e contribuição para o progresso do capital humano. Parte-se também do princípio que esta responsabilidade não pode substituir a necessidade de legislação que regule estas matérias, por exemplo nos países em que não exista regulação a solução não seria a responsabilidade corporativa, mas sim a feitura de leis que regulassem estas matérias. Esta questão está intimamente ligada à ainda frágil noção de responsabilidade corporativa conjugada com a necessidade de melhores mecanismos internacionais que resolvam estes problemas, assim sendo será mais fácil uma ação de responsabilidade por violação de Direitos Humanos quando baseada na lei interna e que se possa depois julgar o caso nos tribunais nacionais

Uma outra questão que se tem observado é que as empresas que têm adotado este tipo de regulamentação apresentam melhores resultados, o exemplo disto é que a melhoria do ambiente de trabalho aumenta a produtividade dos trabalhadores. Não obstante isto existe um efeito indireto que tem a ver com o aumento da atenção que os consumidores e também os investidores dão a empresas que sigam este caminho o que poderá facilitar possíveis entradas em novos mercados; o que se pretende portanto é cultivar esta mentalidade de enriquecimento através de praticas corretas e transparentes, se por um lado ter um ambiente de trabalho estável e positivo aumenta a motivação dos trabalhadores o que consequentemente aumenta a qualidade da produção o que leva indubitavelmente a um aumento do lucro, por outro lado esta realidade chamaria à atenção de potenciais investidores que certamente com o desejo de ver o seu nome ligado a uma empresa que tão boa reputação tem seriam chamados a investir, criando assim um efeito bola de neve que alastraria a outras sociedades; é este o objetivo destes valores morais e éticos, em ultima instância aumentar a qualidade de trabalho dos trabalhadores sem esquecer a necessidade de lucro dos empregadores.

A dimensão da responsabilidade corporativa inclui a gestão de recursos humanos na dimensão da não discriminação, especialmente na facilitação de recrutamento de minorias, de desempregados por longo tempo e na contratação de mulheres. Estes grupos por serem considerados grupos de risco terão de ter uma certa atenção por parte dos

⁶⁴ Disponível em «https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/publication/GP_EN_web.pdf»;

empregadores no entanto não podemos cair no plano oposto onde uma empresa se recusa a contratar maiorias com medo de ser acusada de não respeitar nem facilitar a inclusão das minorias e ocorreria um fenómeno que chamaremos de fenómeno “Robin Hood” onde este rouba aos ricos para dar aos pobres mas certo dia os pobres são os ricos e os ricos são os pobres e portanto criar-se-ia uma inversão na realidade e iríamos cair num loop infinito. Um outro aspeto está relacionado com a saúde e segurança no trabalho que se traduz numa constante e crescente procura das sociedades em encontrar outras empresas a partir do momento em que os serviços que estas lhes ofereçam correspondam com o modelo de parâmetros definidos, nomeadamente por também elas integrarem nas suas práticas os valores e éticos e morais que se pretende que sejam aplicados. Uma outra questão é a gestão do impacto ambiental e dos recursos naturais, a consequência principal é a de que em caso de redução da utilização dos recursos naturais estamos também a reduzir o impacto ambiental, por outro lado reduzir a exploração dos recursos naturais ajuda naturalmente a reduzir os custos.

Passando agora a uma análise mais técnica podemos desde logo dizer que a responsabilidade corporativa surge no contexto das obrigações internacionais diretas

Um primeiro aspeto que temos de considerar é que a cumplicidade do Estado na violação das obrigações internacionais existe e faz com que a responsabilidade corporativa surja em diferente contextos, ou seja, uma empresa pode estar envolvida em violações dos Direitos Humanos de forma ativa e nesse caso estaríamos perante uma responsabilidade corporativa primária; situação distinta pode ocorrer quando uma sociedade não esta envolvida diretamente na violação mas sim indiretamente, como por exemplo quando não toma medidas que evitem que os seus trabalhadores sejam alvo de algum tipo de violação então estão sujeitas a uma responsabilidade indireta; por fim podemos ainda destacar uma outra realidade que assenta num conhecimento que estão a ser praticada violações de direitos por entidades não relacionadas com a sociedade transnacional no Estado onde esta atua e esta tem conhecimento destas violações. Como parece logico estamos perante níveis diferentes de responsabilidade sendo que esta é mais forte quando falamos de responsabilidade primárias, sendo que a partir daí a força desta vai sendo reduzida.

Por outro lado existem quatro situações onde podemos identificar cumplicidade das sociedades transnacionais⁶⁵, a primeira situação surge quando a sociedade auxilia, direta ou indiretamente, outros a cometer violações dos direitos humanos; a segunda situação surge quando a sociedade tem um acordo ou uma parceria e era previsível que o parceiro pudesse vir a cometer violações de direitos humanos e a sociedade nada fez para evitar a situação; em terceiro lugar temos cumplicidade quando apesar de não existir qualquer auxílio direto ou indireto, a sociedade beneficia com a violação dos direitos humanos; e por fim, em quarto lugar temos cumplicidade quando a sociedade nada faz ou diz aquando de uma violação dos direitos humanos.

Não podemos dizer que em abstrato todos os Direitos Humanos são aplicáveis às sociedades transnacionais, por exemplo o direito à nacionalidade, o direito ao casamento e o direito ao asilo político em casos consagrados no direito internacional e nas legislações nacionais parecem ser de tipologia puramente estatal e como tal inaplicáveis a entidades privadas; não obstante isto direitos como o direito à educação parecem poder ser prosseguidos ou pelo menos protegidos pelas sociedades transnacionais através de, por exemplo, garantir a proibição de trabalho infantil, este exemplo conduz-nos a uma ideia de que mesmo que o direito não seja possível de atingir pela sociedade transnacional *prima facie*, pode sempre utilizar direitos que estejam dentro da sua esfera de influencia para auxiliar no cumprimento destes outros direitos.

Tal como já foi afirmado neste trabalho por diversas vezes a obrigação de garantia do cumprimento dos Direitos Humanos não é ainda diretamente aplicada às sociedades transnacionais, mas sim aos Estados, por a estrutura de proteção dos Direitos Humanos não estar preparada para a responsabilização direta e primaria das sociedades transnacionais, mas também porque estas mesmas entidades privadas não parecem ser partes das Convenções relativas a Direitos Humanos.

Existe, no entanto, uma “exceção” a esta realidade na Convenção Europeia dos Direitos Humanos com o um conceito denominado “third-party-effect”⁶⁶ que se entende que representa uma aplicabilidade desta convenção numa esfera privada, a terceira parte; tenho como característica a aplicação dos princípios presentes nesta convenção a relações entre sujeitos privados e não apenas nas relações estaduais, esta ideia pode ser identificada

⁶⁵ YUNUSOV, Khaydarali M., OK, Valeriya & OCHILDIYEV, Husniddin, The Roles and Responsibilities of Transnational Corporations with Regard to Human Rights, p. 192;

⁶⁶ Também designado por “drittwirkung”, Engström... p. 27;

como o efeito horizontal da garantia pelos Estados do cumprimento dos Direitos Humanos. No entanto a dificuldade está na impossibilidade de se promover a qualquer tipo de queixa contra particulares, no sistema judicial internacional, com base nesta convenção ainda que possa ser utilizada em processos perante os tribunais nacionais.

Uma outra perspectiva de análise possível para a responsabilização internacional das sociedades transnacionais é a responsabilidade penal internacional. Existem já precedentes para esta ideia, no período que sucedeu a 2ª Guerra Mundial o Tribunal Internacional de Nuremberga tratou uma sociedade, Farben, como uma entidade legal capaz de cometer violações relativamente ao Direito da Guerra⁶⁷ ⁶⁸, basicamente como tendo cometido atos violadores do direito penal internacional não tendo o Tribunal Internacional de Justiça desmentido este entendimento adotado em Nuremberga.

Por tudo isto parece que é mais benéfico e também mais produtivo tratar da questão da responsabilidade das sociedades transnacionais num plano nacional onde as sociedades podem ser criminalizadas sem qualquer problema uma vez que muitos Estados já estão a incluir nas suas legislações a possibilidade responsabilidade penal corporativa, algo que não existe ainda em termos de direito internacional. Existem dois tipos de teorias relativas á responsabilidade criminal das sociedades; a primeira é a teoria da identificação que se baseia na afirmação que os atos de pessoas individuais são atos da sociedade, no entanto os atos de uma pessoa individual só são imputados à sociedade quando estas pessoas representam a própria sociedade nas suas condutas. Por outro lado, a teoria da imputação a sociedades pode ser responsabilizada pelos atos de todos os seus agentes, criando-se a ideia de que todos os atos de pessoas individuais quando não estejam a atuar na sua capacidade individual podem ser imputados à sociedade.

Trazendo de volta a questão já abordada anteriormente do Estado recetor dizer que este tem um tratamento jurisdicional através do princípio da territorialidade, cada Estado tem jurisdição sobre crimes cometidos no seu território; no entanto a obrigação dos Estados monitorizarem as atividades das sociedades pode advir das obrigações que os mesmos Estados têm de assegurar o cumprimento dos Direitos Humanos.

⁶⁷ Caso *I.G Farben Trial* disponível em http://www.worldcourts.com/int/eng/decisions/1948.07.29_United_States_v_Krauch.pdf;

⁶⁸ JEDRZEJ, George Frynas and PEGG, Scott (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, p. 7;

Por seu turno, o Estado de origem tem um tratamento jurisdicional em vários níveis, em primeiro lugar quanto facto de algumas convenções como por exemplo a Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes⁶⁹ indica-nos que os Estados devem tomar ações quando nacionais seus cometem algum tipo de crime previsto nesta convenção, poder-se-ia então estabelecer o elo entre a nacionalidade da sociedade, no sentido de ser o Estado onde foi criada, e a responsabilidade desse mesmo Estado.

Em suma concluir dizendo que como creio que ficou bem definido neste capítulo o sistema internacional de responsabilidade direta das sociedades transnacionais não funciona conforme se necessita que funcione, no entanto isto não retira nenhum tipo de responsabilidade ou ónus de cumprir os Direitos Humanos por parte das sociedades, bem pelo contrário, faz-se uma responsabilização por intermédio do Estado. Portanto sobram-nos duas alternativas, ou fazemos uma responsabilidade através dos sistemas jurídicos dos Estados com base no direito interno ou então temos de adotar um conjunto de normas que podem ser identificadas como sendo de auto fiscalização e controle e estabelecer códigos de conduta empresariais que ajudem a garantir que dentro da estrutura empresarial estes códigos de conduta sejam seguidos em todas as práticas corporativas bem como garantir que em caso de violação existem mecanismos que permitiram que a violação tenha a devida punição.

4. Responsabilidade individual

Findada a questão da responsabilidade corporativo chegamos agora ao terceiro e último tipo de responsabilidade, a responsabilidade individual. Sobre este tipo de responsabilidade começar por dizer que este é um princípio geral de direito bem como um princípio constituinte do direito penal internacional, é também fortemente regulado no direito nacional com a criminalização da violação de Direitos Humanos por parte de sujeitos individuais.

⁶⁹

Disponível

em

«http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_contra_tortura_e_outras_penas_ou_tratamentos_crueis.pdf»

Como exemplos de uma preocupação cada vez maior, presente na comunidade internacional, em combater a violação destes direitos e penalizar os prevaricadores temos os Tribunais Penais Internacionais para o Ruanda e para a antiga Jugoslávia que demonstram a importância deste tipo de responsabilidade para o Direito Internacional. Não podemos também esquecer que anteriormente a estes dois tribunais *ad hoc* foi criado o Tribunal de Nuremberga onde foram julgados Ex oficiais das SS e foram acusados de terem cometido atos que violavam o direito penal internacional e como tal assumiu-se que um indivíduo pudesse cometer crimes no seio do direito internacional.

Apesar de podermos retirar ou inferir das convenções internacionais relativas a direitos humanos a obrigação destes se aplicarem a sujeito individuais, não existe um preceito expresso que nos diga exatamente isto, mais porque muitos destes direitos entraram já no catálogo de direito consuetudinário ou de efeitos análogos, como foi anteriormente referido, e como tal gozam de uma aplicação universal.

Em suma e em jeito de conclusão dizer que mais uma vez este tipo de responsabilidade prova que o direito internacional é um Direito de Estados, os melhores métodos que existem para se responsabilizar e tratar as matérias da responsabilidade internacional individual estão nas legislações e nos mecanismos judiciais de cada Estado, sendo que grande parte dos crimes praticados por pessoas singulares são limitados territorialmente em termos de jurisdição, no entanto existem outros que estão sujeitos a uma jurisdição criminal tais como o crime contra o nacional do Estado e dentro do território do Estado, entre outros.

Devemos agora perceber qual a ligação entre a responsabilidade individual e a violação de direitos por sociedades transnacionais e a questão coloca-se em saber se um empregado ou diretor está relacionado com a responsabilidade da sociedade.

O objetivo que se pretende alcançar é o de que não exista a possibilidade de nenhum indivíduo se esconder atrás da figura da sociedade para fugir a uma penalização nem que uma sociedade escape às suas responsabilidades ao esconder-se atrás da responsabilidade individual., aliado a isto existe também o perigo utilizar trabalhadores para que estes assumam a responsabilidade por determinado ato ilícito e assim escaparem da punição que existiria por força dessa violação.

VI. Avanços na vinculação das sociedades transnacionais aos Direitos Humanos

Neste segmento do trabalho irei falar de três instrumentos que nos ajudam a compreender o plano legal onde se insere esta discussão; por um lado falarei sobre o *Alien Tort Claims Act*⁷⁰, doravante ATCA; um instrumento que creio que pode ser bastante esclarecedor quanto ao que se pretende relativamente às sociedades transnacionais, constituindo este documento a justificação mais comumente utilizada para tratar os casos de violações de direitos humanos pelas sociedades nos Estados Unidos⁷¹; por outro lado falarei nos avanços mais recentes que são a meu ver bastante demonstrativos da necessidade de legislação que existe para regulação desta matéria, assim sendo e tendo isto em conta irei proceder à análise de dois documentos que considero muito importantes e contribuíram de uma maneira muito ativa para o avanço no direito internacional mas também nos direitos humanos, a saber uma proposta de texto da convenção que creio que pode ser importante para reflexão, “*Transnational Corporations and Their Supply Chains With Regard to Human Rights*”, que irei referir traduzindo para Português, Corporações Transnacionais e as suas Cadeias de Fornecimento em Relação aos Direitos Humanos; e um segundo documento que creio ser absolutamente determinante e tem de ser encarado como uma das maiores referencias nestas matérias que é o “*Guiding Principles on Business and Human Rights*” que irei referir traduzindo para Português, Princípios Orientadores sobre Negócio e Direitos Humanos; estes dois documentos estão refletidos no trabalho que o Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas levou a cabo procurando a criação de um Grupo de Trabalho que tivesse como função discutir a aplicação dos direitos humanos às sociedades transnacionais e criando uma convenção ou pelo menos decidindo qual a melhor maneira de resolver esta questão. Posteriormente à análise destes documentos irei proceder a uma explicação do trabalho do Grupo de Trabalho, passo o pleonasma, que foi dividido em três sessões.

⁷⁰ Disponível em «<https://www.globalpolicy.org/international-justice/alien-tort-claims-act-6-30.html>»;

⁷¹ JOSEPH, Sarah, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, p. 22;

1. ATCA (Alien Tort Claims Act)

Relativamente a este documento cabem dizer duas coisas como forma introdução; em primeiro lugar o seu texto diz “*The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.*”; em segundo lugar cabe também dizer que estamos a falar do principal mecanismo de responsabilização das sociedades transnacionais por violações dos direitos humanos nos Estados Unidos; como tal merece que lhe seja dedicada alguma atenção pois estamos perante uma realidade que nos pode ajudar a perceber qual o caminho que devemos seguir em relação a esta matéria.

Para introduzir esta matéria começar por fazer uma breve abordagem histórica antes de passarmos á análise do seu conteúdo. Referir que este documento surgiu por ocasião do *Judiciary Act* de 1789, mas tomou a importância que tem hoje em dia quando condenou um cidadão estrangeiro por uma violação dos direitos humanos que ocorreu fora dos Estados Unidos⁷². Apesar de não ter existido nenhuma decisão do Supremo Tribunal que conferisse um significado substantivo ao efeito deste instrumento, este efeito por confirmado por variados tribunais em várias sentenças e o maior avanço na questão das sociedades transnacionais foi dado em 1997 no caso *Doe v Unocal* onde foi estabelecido pela primeira vez que este Ato poderia ser oposto ás sociedades comerciais, enquanto sujeitos de direito privado e pessoas coletivas⁷³; neste caso o tribunal permitiu que um grupo de agricultores prosseguisse com uma ação contra uma sociedade, a Unocal, alegando que estas teriam, por via indireta, cometido uma série de abusos e violações dos direitos humanos. Depois deste caso e da aceitação da possibilidade de se opor este Ato ás sociedades transnacionais variados casos ocorreram⁷⁴.

Ultrapassada esta parte introdutória cabe agora perceber o conteúdo deste Ato; em primeiro lugar surge a expressão “Law of Nations” que se pretende referir a fontes de direito para além do direito escrito, como por exemplo, parece que os tribunais dos EUA consideram a violação do direito consuetudinário suficiente para que se prossiga numa ação com base neste Ato; sendo possível identificar uma gama de direitos que podem

⁷² O caso que deu origem a esta conceção de extraterritorialidade foi o *Filartiga v Peña-Irala*; este caso está disponível em <<http://hrp.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2011/04/filartiga-v-pena-irala.pdf>>;

⁷³ Disponível em <<https://www.escri-net.org/caselaw/2009/john-doe-i-et-al-v-unocal-corp-et-al-395-f3d-932-9-cir-2002>>;

⁷⁴ JOSEPH... p. 22;

consubstanciar uma violação da lei das nações capaz de ativar este Ato e cair na sua jurisdição material tais como a tortura, o genocídio, a violação, a escravidão, entre outros, por outro lado é igualmente possível definir quais os direitos que não cabem no âmbito material deste Ato, estamos portanto a falar de violações como o direito à vida, a liberdade de expressão e crimes relativos a condutas ilícitas como fraude⁷⁵.

Por outro lado, outra questão que urge considerar é a de que a maior parte do direito consuetudinário pressupõe uma ação do Estado⁷⁶, apenas uma pequena quantidade de normas de direitos humanos opera em relação a omissões dos Estados. Paralelamente a isto surge a questão da responsabilidade das sociedades em conjunto com os Estados; nomeadamente caso haja uma ligação entre o abuso cometido pelo Estado ou pela sociedade e a própria sociedade ou o Estado, é precisamente isto que se defende a propósito do ATCA, que apesar de este só se reportar a situações onde o Estado tenha agido, deve-se ter em atenção uma conjunta entre Estado e sociedades para que se possa obter justiça.

Os tribunais têm fornecido alguns elementos que ajudam a clarificar se existe uma ação estatal que seja suficiente para desencadear o efeito do ATCA; o primeiro desses testes é a função pública que surge quando as entidades privadas exercem funções tipicamente associadas ao papel do Estado; o segundo teste é o da compulsão estatal, onde nos é dito que existe ação estatal quando é este que motiva ou compele a ação do privado; estes dois testes são decisivos para percebermos se existe uma conexão entre a ação do privado e o elemento governativo do Estado.

O terceiro teste fornecido pelos tribunais é o teste do nexo, basicamente surge em situações onde não se consegue distinguir a ação do Estado da ação do privado; por outro lado surge o teste da ação conjunta onde o Estado e o privado agem em comum em nome de uma parceria ou acordo; a diferença entre estes dois testes surge no facto de o primeiro pressupor uma continuidade de ação ao longo do tempo e o segundo apenas pressupõe que exista esta parceria mas pode ser relativo a apenas um acontecimento isolado, por outro lado estes dois testes podem-se reportar a situações onde apenas um deles tem responsabilidade direta e pretende-se imputar também ao outro a ação ou então a situações onde ambos têm responsabilidade direta. Por fim surge o teste da causa próxima, onde

⁷⁵ JOSEPH... pp. 26 – 28;

⁷⁶ JOSEPH... p. 33;

surge quando o privado exerce controlo sobre o ato ilícito do Estado, ou seja, pretende-se que o privado seja responsabilizado pelo ato do Estado.

Como conclusão do que foi dito cabe indagar se o Estado deve ser responsabilizado em casos de concordância com o ato ilícito do privado e também em casos de falta de controlo das atividades privadas; a resposta tende a ser sim, de facto os Estados estão obrigados a assegurar que as entidades que operam dentro da sua jurisdição respeitam os direitos humanos; não obstante isto torna-se mais complicado perceber a resposta a esta pergunta em termos de direito consuetudinário uma vez que considerar que sim, seria igualmente considerar que o Estado não tomou uma ação e falharia o pressuposto de aplicação do ATCA⁷⁷, que já foi dito, se baseia essencialmente em ações.

Cabe ainda referir que a maior parte dos crimes proibidos pelo direito consuetudinário têm de ser cometidos por ou contra um sujeito de direito público, nomeadamente um elemento governativo⁷⁸. No entanto como o caso Unocal veio confirmar existem violações que podem ser cometidas diretamente por sujeitos de direitos privado tais como o trabalho forçado, uma vez que o Estado não é uma condição para a sua prática. Com base nisto é portanto possível poder prever uma espécie de requisito para que a aplicação direta seja feita, a necessidade de auxílio, seja ele material ou apenas motivacional e quer consista numa ação ou omissão, de um Estado para a prática da ação ilícita faz com que a aplicação não se possa fazer diretamente; por oposição quando não há intervenção do Estado pode haver lugar a responsabilidade direta, como por exemplo nos crimes de trabalho forçado.

Em suma podemos retirar do ATCA várias lições sobre a base onde devemos assentar qualquer futura convenção sobre direitos humanos e sociedades transnacionais pois estamos perante o único mecanismo estatal que permite que se prossigam as violações de direitos humanos por parte das sociedades transnacionais. Por outro lado, é necessário encontrar uma ligação entre a atividade privada e o elemento governativo que represente o Estado para que se inicie o processo uma vez que este se baseia no direito consuetudinário como já foi referido; por fim dizer que esta iniciativa de trazer o Estado para o processo poderá ser bastante benéfico para que se obtenha uma maior transparência e celeridade do processo uma vez que estes assumem obrigações internacionais que

⁷⁷ JOSEPH... p.39;

⁷⁸ JOSEPH... p. 48;

vinculam as suas condutas, dizer também que podem ser retiradas as noções de ato do Estado bem como os vários testes para a sua perceção e utilizadas para o novo regime jurídico que se pretende alcançar.

2. Corporações Transnacionais e as suas Cadeias de Fornecimento em Relação aos Direitos Humanos

Relativamente a este documento, traduzido do Inglês “Transnational Corporations and Their Supply Chains With Regard to Human Rights”, começar por dizer que foi elaborado por ocasião da terceira sessão da OEIGWG (*UN Human Rights Council Open-Ended Inter-Governmental Working Group*) pela *Global Campaign to Reclaim Peoples Sovereignty, Dismantle Corporate Power and End Impunity (Global Campaign)* conforme tinha sido requerido no Grupo de Trabalho relativo as sociedades transnacionais e aos direitos humanos. Em segundo lugar cabe igualmente dizer que este documento é verdadeiramente o primeiro a ser realizado com a intenção de ser vinculativo, já antes como foi referido tivemos avanços a nível da vinculação mas nunca tivemos um verdadeiro documento vinculativo, ao invés todos os outros eram elencos de princípios ou recomendações, este tem o mérito de inovar e ser pensado como uma verdadeira convenção que cria obrigações jurídicas; para além disto é importante percebermos como este documento por ter uma estrutura mais parecida com o de uma convenção ou tratado é diferente de todos os que foram realizados em momentos anteriores.

Um primeiro exercício que devemos fazer é analisar em primeiro lugar a estrutura geral do documento antes de nos aventurarmos pela análise mais específica do conteúdo de cada capítulo; partindo da sua estrutura percebe-se imediatamente que se faz uma diferenciação muito clara entre as obrigações das sociedades transnacionais, presentes no capítulo segundo e as obrigações dos Estados, presentes no capítulo terceiro o que significa desde logo que a questão que foi abordada no ponto anterior, relativo á diferenciação entre os vários tipos de responsabilidades e dos vários agentes responsáveis por estas, tem de facto sentido num ponto de vista de construção jurídica, observa-se também que não é possível criar um regime sem que o Estado seja trazido como sujeito

principal de direito internacional especialmente porque as sociedades transnacionais por si só não apresentam suficiência no respeito pelos direitos humanos.

Em segundo lugar podemos ver que não só as sociedades transnacionais assumem responsabilidades na sua relação com os direitos humanos, mas também as instituições económicas e financeiras o que não deixa de consubstanciar mais uma grande surpresa, de facto as instituições económicas e financeiras têm uma grande importância no panorama mundial sendo o FMI (Fundo Monetário Internacional) um grande exemplo dessa importância, mas talvez seja um pouco excessivo juntar estas instituições com as sociedades transnacionais dentro da mesma Convenção e quando esta versa sobre violação dos direitos humanos, não esquecer que muito do sucesso ou insucesso de um mecanismo destes será definido pela quantidade de interesses que se consiga harmonizar portanto esta convenção poderia trazer alguns interesses políticos para o lado oposto ao pretendido.

Em terceiro lugar ao longo deste trabalho tem sido referido que um dos principais problemas em garantir o cumprimento ou em caso de violação responsabilizar as sociedades pela violação dos direitos humanos seria a monitorização das atividades corporativas; por várias razões que apresentei, desde logo por incapacidade de alguns Estados, especialmente aqueles onde existe uma maior atividade destas sociedades, em alocar recursos para a monitorização ou então porque este seria um processo que poderia ser facilmente sabotado pelas sociedades uma vez que estas necessitavam de colaborar quer em termos de elas mesmo controlarem as suas atividades ou então através do fornecimento de dados; no entanto este projeto de convenção apresenta uma solução para este problema, a criação de mecanismos de monitorização e de garantia da aplicação destes princípios.

Em quarto lugar um outro aspeto que vale a pena apontar é a dificuldade muitas vezes encontrada em uma vez identificada a violação avançar para um processo de responsabilização judicial pela violação seja porque ainda se levantam questões sobre a aplicação do direito internacional às entidades privadas ou porque os tribunais que existem hoje em dia não necessitam de ser mais sobrecarregados, como exemplo disto o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que já tem um processo pouco ágil por absoluto excesso de processos, com a integração desta possibilidade iria conduzir a que se levantassem questões até do ponto de vista do princípio da celeridade e da utilidade da decisão; para evitar estes problemas estão previstas duas medidas que creio que podem

ser utilizadas para referencia futura, uma primeira que visa inserir obrigações para os Estados que assegurem que está garantido o acesso á justiça para se iniciar o processo contra as sociedades e por outro lado a criação de um tribunal para resolver litígios relativos a violações dos direitos humanos pelas sociedades transnacionais, esta questão irá ser mais explorada á frente, mas diga-se que se o ato de elaborar uma convenção é quase hercúleo imagine-se então o que custaria criar um Tribunal de raiz com uma jurisdição limitada a estes casos.

Convém agora analisar este projeto um pouco mais a fundo, enaltecendo algumas das disposições mais importantes que estão propostas neste documento, em primeiro lugar é reconhecida a primazia dos Direitos Humanos sobre outros direitos, nomeadamente sobre o investimento e o lucro, isto responde ao problema que foi colocado anteriormente de não existir uma clara hierarquia de interesses; em segundo lugar cria-se um mecanismo de solidariedade aquando do cumprimento da pena decretada entre a sociedade transnacional e os bancos que participam no investimento, o que irá originar uma maior pressão pelos nas sociedades transnacionais para que aqueles não tenham de ser responsabilizados; em terceiro lugar uma interessante proibição de as sociedades transnacionais especularem nos mercados de bens de primeira necessidade; em quarto lugar uma proibição de utilização de paraísos fiscais merece também ser apontado; em quinto lugar a primeira vez que se propõe a criação de um tribunal com competências de investigação e decisão relativamente a estes casos, as regras deste tribunal estariam previstas num anexo.

Em suma parece claramente que estamos perante uma verdadeira proposta de realização de um documento jurídico vinculativo que seja regulador nesta matéria, por outro lado, conjuga muitas situações que merecem ser conjugados bem como faz uma tentativa de resolver algumas das questões mais clássicas que se colocam quando falamos nesta matéria; estamos claramente perante um conjunto de grandes ideias que merecem ser pensadas e trabalhadas pois é de facto necessário preencher esta lacuna. Por fim referir também que me parece que este é o caminho a percorrer, fazer uma convenção que constitua as traves mestras do problema mas que não seja excessivamente especifica e que deixe algum espaço aos Estados para que estes tenham uma grande margem para poderem ser eles a definir as condições e as formas como pretendem tratar estas matérias nas suas legislações nacionais; mais uma vez reforço a ideia de que em Direito

Internacional o segredo é manter os Estados felizes como tal nada melhor que deixá-los decidirem como querem aplicar esta convenção nas suas legislações.

3. Princípios Orientadores sobre Negócio e Direitos Humanos

Relativamente a este documento, traduzido do Inglês “*Guiding Principles on Business and Human Rights*” começar por enquadrar a sua elaboração, foi feito em 2011 e visa a aplicação do “*United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework*” que institui uma forma de aproximação sobre a questão dos direitos humanos e das sociedades transnacionais. Escolhi este documento pois creio que este é o mais completo conjunto de princípios norteadores desta questão, por outro lado é o instrumento mais aceite internacionalmente como reunindo a melhor compilação de direitos; digamos mais, quando estivermos a analisar o trabalho desenvolvido pelo Grupo de Trabalho da Comissão dos Direitos Humanos vamos perceber que uma das propostas mais populares será a concessão de força vinculativa a este documento ao invés de se realizar um novo instrumento; este é, em verdade, um documento muito reconhecido pela sua qualidade em toda a comunidade internacional.

Ora este projeto desenvolve essencialmente três grandes pilares que resumem toda a questão, em primeiro lugar o dever dos Estados em proteger os Direitos Humanos, tendo como ideias fundamentais, em primeiro lugar o facto de a obrigação incluir não só as empresas públicas mas também os privados o que traz uma responsabilidade de fiscalização pelo cumprimento dos DH por parte destas figuras; em segundo lugar aparece a questão da delegação a privados de serviços classicamente tidos como públicos o que origina uma responsabilidade do estado pelas ações praticadas ao abrigo desta delegação; por fim a importância das políticas do Estado na ação das sociedades transnacionais.

Em segundo lugar surge a responsabilidade corporativa das sociedades que tem como vetores a não adoção de medidas potencialmente violadoras de DH; a inclusão de fatores externos que visem o controlo e o aconselhamento aquando da tomada de decisões e aprovação de medidas, por outro lado uma mudança na mentalidade corporativa que alie as políticas empresariais às necessidades humanas; e por fim a questão do constante acompanhamento e feedback dado tanto a autoridades independentes quer à própria estrutura diretiva da empresa de forma a monitorizar a atuação destas sociedades.

Em terceiro lugar surge a resolução de diferendos que se divide em dois grupos, em primeiro lugar a necessidade de as sociedades conformarem as suas políticas com a lei, através de mediação com tribunais aquando da tomada de decisões; em segundo lugar surge o acesso à justiça que tem como principal razão o acesso dos ofendidos um julgamento, acesso este que tem de ser dado pelos Estados quando ocorrerem dentro da sua jurisdição.

Começamos então por analisar este documento, desde logo começamos por perceber que este documento reconhece que é de facto dos Estados a principal responsabilidade de assegurar e monitorizar o cumprimento dos Direitos Humanos, por outro lado reconhece igualmente que o papel das sociedades transnacionais é de facto muito importante no desenrolar da realidade internacional bem como no garante do respeito pelos Direitos Humanos e por fim junta-se a terceira ideia de que é necessário um conjunto de medidas que efetivem que as sociedades transnacionais cumprem de facto os direitos humanos nas suas práticas corporativas.

Mais uma vez se observa que a responsabilidade primordial de respeitar os direitos humanos é, em primeiro lugar, dos Estados, mas que estes também têm a responsabilidade de garantir que as sociedades transnacionais também cumprem os direitos humanos nas suas condutas dentro da jurisdição do Estado; esta ideia é repetida correntemente por são os Estados que têm os melhores recursos para garantir que os direitos humanos são efetivamente cumpridos. Existe também uma responsabilidade agravada do Estado ter que garantir que a sociedade que este controla ou que desta recebeu algum tipo de apoio financeiro que iria consubstanciar uma violação das obrigações internacionais do próprio Estado, ou seja estaríamos perante uma situação semelhante á da violação dos direitos humanos por um órgão de um Estado fazendo atuar a responsabilidade estatal por violação de obrigações internacionais.

Um princípio muito interessante que aparece também referido neste documento é o de que os Estados devem auxiliar e controlar as atividades das sociedades transnacionais quando estas estão a operar em Estados que estão envolvidos em conflitos armados, esta ideia é inovadora e atua numa área importantíssima, como já referi anteriormente as questões que envolvem Direitos Humanos estão condenadas a ser renegadas para segundo plano uma vez que ninguém estará preocupado com as sociedades transnacionais quando há milícias armadas a lutar pelo poder central. Nestes cenários os direitos dos trabalhadores são esquecidos e porque existe um princípio de não ingerência e como tal

os restantes Estados não poderiam intervir; este instrumento prevê que o Estado de origem da sociedade através da monitorização e da recusa de apoios públicos a sociedades que estejam envolvidas nestas situações e se aproveitem delas para conseguirem maximizar os seus lucros.

Por outro lado, surge uma parte que é relativa aos deveres das sociedades transnacionais onde se começa desde logo com a obrigação genérica de as sociedades transnacionais nas suas condutas terem de respeitar os Direitos Humanos, nomeadamente naqueles referidos na Declaração da Organização Mundial de Trabalho sobre Princípios Fundamentais de Direitos no Trabalho. Por outro lado, não se faz qualquer distinção entre o tamanho ou a capacidade económica das sociedades o que faz sentido pois procura-se atuar para prevenir violações dos direitos humanos e nada nos diz que estes ocorrem apenas nas grandes sociedades, no entanto é feito uma ressalva, consoante o tamanho da sociedade a responsabilidade de assegurar que ao longo da sua estrutura se cumprem os Direitos Humanos em todas as práticas dessa sociedade e dos seus órgãos. Por outro lado, exige-se que as sociedades emitam um comunicado sobre as condutas que devem ser adotadas para garantir o respeito pelos Direitos Humanos dentro da estrutura social bem como este comunicado, ou “statement” tem de ser adotado e assinado pelo nível mais alto da hierarquia de poder da própria sociedade.

Referir ainda uma ideia que já foi referida anteriormente, a existência de “due dilligence” que se traduz numa obrigação das sociedades perseguirem qualquer suspeita de conduta potencialmente atentatória dos Direitos Humanos bem como comunicar às entidades competentes estas violações e auxiliar a encontrar e a penalizar os responsáveis. Em relação a este conceito surge também a ideia de cumplicidade que pode assumir duas dimensões, a primeira dimensão é a não legal que está relacionada com ações que são totalmente estranhas á sociedade transnacional mas que contribuem para esta aumentar o seu lucro ou que a beneficiam de alguma maneira; por outro lado, a segunda dimensão é a legal, assente na ideia de cumplicidade presente no Direito Penal, por exemplo no direito português estamos perante cumplicidade quando existe um auxilio material ou moral á prática de determinado ato ilícito⁷⁹, muito Estados vêm também integrando a possibilidade de as sociedades transnacionais serem cúmplices em violações dos Direito Humanos.

⁷⁹ Tribunal de Relação de Coimbra, 29/09/2010

Outro dos aspetos que marca este instrumento é a necessidade de as sociedades estarem constantemente vinculadas a verificar se algum dos seus órgãos ou alguma das suas delegações estão a violar os direitos humanos, através da constante consulta com essas delegações e órgãos, quer através da relação e no pedido de informação aos Estados e aos parceiros que onde e com quem as sociedades bem como a contratação de peritos externos de forma a garantir que nenhuma ação é ilícita.

Por fim falar sobre uma das grandes falhas da vinculação dos direitos humanos às sociedades que é a falta de capacidade de acesso á justiça para quem sofreu violações nos seus direitos, ou seja é necessário encontrar mecanismos que garantam o acesso á justiça e a uma sentença que resolva ou no mínimo repare a situação. Estes mecanismos devem ser implementados pelos Estados uma vez que são estes que possuem os meios jurisdicionais para que tal seja possível, acompanhado da obrigação de implementar estes mecanismos surge também a obrigação de investigar e prosseguir as ações das sociedades transnacionais dentro da sua jurisdição. Estes mecanismos podem ser implementados de duas formas distintas, a via judicial que assenta no acesso aos tribunais nacionais e a via não judicial que consiste em, por exemplo, tomada de medidas legislativas e administrativas para facilitar o acesso á justiça contra violações por parte das sociedades ou dos seus órgãos.

Ainda continuando a falar dos mecanismos de garantia do respeito dos direitos humanos, surgem algumas características que creio que vale a pena abordar; em primeiro lugar estes mecanismos devem ser legítimos no sentido em que deve inspirar confiança nos parceiros e na sociedade sobre a sua vontade de garantir o cumprimento destes direitos; em segundo lugar devem ser acessíveis em duas vertentes, por um lado deve ser simples para que os parceiros saibam para quem são direcionados estes mecanismos e por outro lado deve ser simples para permitir aos trabalhadores saberem facilmente em que condições devem usar estes mecanismos; em terceiro lugar devem ser previsíveis de forma a que não se criem expectativas que depois seriam defraudadas, especialmente para facilitarem aos trabalhadores, normalmente com menos conhecimentos técnicos, saberem quais estes mecanismos e as suas consequências; em quarto lugar têm de ser equitativos para permitirem que as varias partes para as quais foram criados estes mecanismos terem acesso de forma igual a informações e dados sobre respeito pelos direitos humanos; em quinto lugar devem também ser transparentes para assegurar que o processo está a decorrer de forma correta e sem qualquer interferência, por outro prevê-se que á medida

que o processo decorre qualquer parte possa acompanhar os progressos e as provas apresentadas; em sexto lugar tem de ser compatível com o regime de direitos humanos existente no direito internacional atual; em sétimo lugar e por fim devem ser mecanismos suficientemente flexíveis para que seja possível tratar de desafios futuros que por consequência da normal evolução e do direito levem a que as soluções presentes se tornem insuficientes ou desatualizadas.

Em suma, estamos perante um documento que reúne alguns dos pontos que são de facto essenciais no tratamento desta questão, estamos perante um documento que aborda os vários problemas dos direitos humanos e das sociedades transnacionais, constitui também um grande elenco de princípios que são de facto necessários para entendermos este fenómeno, por outro lado também os relaciona entre si o que cria um sistema jurídico consistente e capaz de lidar com esta necessidade de legislação nesta matéria; podemos também dizer que a conexão entre a responsabilidade do Estado e a responsabilidade das sociedades é a certa e a que faz mais sentido no contexto do princípio da necessidade que é o que norteia a realização desta convenção; um outro argumento que joga a favor deste instrumento é o equilíbrio de poderes que é concebido e executado, mais uma vez reforço a ideia de que muito do sucesso de aplicação deste instrumento ou mesmo da criação de um outro instrumento novo reside no equilíbrio de poderes que for conseguido, neste caso não é excessivamente exigente ou desequilibrado para nenhum dos interessados; existe também aqui uma boa relação entre este instrumento e os restantes instrumentos de direitos humanos, nomeadamente os instrumentos elaborados pela Organização Internacional de Trabalho que são os que mais corretamente se aplicam às possíveis situações de violação dos direitos humanos em contexto de relações laborais; por tudo isto percebe-se porque é que este é um documento que reúne consenso entre a comunidade internacional, aliás quando se falou da possibilidade de realizar uma convenção para regular esta matéria uma das questões mais vezes colocadas pelos Estados foi por que não criar as condições para que este documento tenha força vinculativa e, ao invés, criar um documento de raiz quando este já reúne características que resolvem os problemas, daqui retiro que este documento tem de servir como base a qualquer tentativa de realização de uma convenção que regule a matérias das violações dos direitos humanos pelas sociedades transnacionais.

VII. Um novo Tribunal para as Sociedades Transnacionais e os Direitos Humanos

Foi abordada, nestes capítulos, anteriores uma ideia que virá a ser abordada mais á frente quando falarmos dos contributos para o Grupo de Trabalho da Comissão dos Direitos Humanos e que consiste na criação de um tribunal especificamente para resolver questões relacionadas com violações dos direitos humanos por sociedades transnacionais, iria, portanto, apresentar uma jurisdição limitada ao conhecimento destes casos.

Antes de entrar nos prós e nos contras convém perceber o que já foi feito anteriormente neste sentido e de que fora se pode aprender com estas tentativas.

Em primeiro lugar podemos referir os vários tratados assinados entre a Grã-Bretanha, Portugal e Espanha no sentido de criar um Tribunal que julgasse casos relativos a escravatura, nomeadamente no que dizia respeito a navios de tráfico de escravos, sendo que este Tribunal apreciou cerca de 600 casos num total de 80.000 escravos descobertos.

Um outro exemplo foram os julgamentos de Nuremberga, ocorridos em consequência dos crimes da 2ª Guerra Mundial. Uma das acusações incidiu sobre as experiências desenvolvidas em humanos, muitas vezes levando à sua morte ou a graves sequelas físicas e psicológicas, para a produção de vários tipos de produtos. Estas violações foram praticadas por entidades privadas e tiveram lugar nas acusações de Nuremberga, apesar de apenas alguns oficiais dessas entidades terem sido acusados e a título individual.

Primeiro que tudo convém perceber quais as intenções que motivam esta ideia, em primeiro lugar nada melhor para garantir que existe um efetivo acesso á justiça por quem pretende culpabilizar as sociedades transnacionais por violação de direitos humanos do que criar um tribunal especificamente desenhado para resolver estas questões. Em segundo lugar a alternativa seria inserir esta faculdade de conhecer o mérito destas causas nos tribunais já existentes, especialmente os tribunais relacionados com os direitos humanos como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ou mesmo o Tribunal Internacional de Justiça, no entanto estes tribunais não são conhecidos pela sua celeridade e uma nova possibilidade de acesso a estes tribunais iria resultar numa potencial violação dos próprios princípios que regulam estes tribunais tais como o principio da celeridade e o principio da utilidade da sentença. Adicionar ainda mais uma vantagem que consiste na possibilidade de este tribunal se tornar um local de reunião de grandes especialistas na matéria o que lhe iria conferir uma grande competência técnica que iria certamente

contribuir para o desenvolvimento dos direitos humanos; por outro lado iria exigir dos Estados uma maior participação no processo, o que os obrigaria a investigar e a fornecer dados que demonstrassem a forma como as sociedades transnacionais atuam no seu território para a conclusão do processo o que é, afinal, um dos grandes objetivos desta Convenção, obrigar os Estados a cumprir e assegurar o cumprimento dos Direitos Humanos.

Por outro lado cabe ainda dizer que a criação de um tribunal internacional pressupõe um grande esforço da comunidade internacional, sendo necessário definir um estatuto, definir mecanismos processuais, definir o regime de recursos, no entanto mais importante que tudo isto será a harmonização do funcionamento deste tribunal com os mecanismos de cada Estado, será que iríamos ter um mecanismo de questões prejudiciais como temos no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; por outro lado seria necessária uma imensa quantidade de recursos monetários e técnicos que me parece um pouco inviável especialmente porque não vejo grande interesse político nesta possibilidade. Para além disto a criação de um tribunal internacional pressupõe sempre um consenso alargado na comunidade internacional, quer-se que o maior número de Estados e organizações internacionais possível estejam dentro da sua jurisdição o que obriga a longas e sempre difíceis negociações internacionais com cedências múltiplas entre estados, sociedades transnacionais e outras partes que pretendam integrar a jurisdição deste tribunal.

É igualmente verdade que a criação de um tribunal com competência nesta matéria iria ajudar de maneira muito importante o desenvolvimento do tema, iria trazer uma série de princípios que quando aplicados criariam precedente, ou seja, criar-se-iam uma série de passos que poderiam ajudar na resolução futura de questões relacionadas com as julgadas, por outro lado é inegável a importância da jurisprudência no desenvolvimento de direitos, ajudando a conferir robustez e segurança jurídica ao próprio sistema.

Caso se decida, pesados os prós e os contras deste avanço no direito internacional, avançar para a criação deste tribunal será necessário um modelo de inspiração ou de base, como tal creio que a melhor opção seria irmos o buscar o sistema praticado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Este é de facto um Tribunal que funciona bem, que garante de facto que as violações aos direitos humanos não são deixadas sem punição ou no mínimo sem investigação e posterior julgamento, e que tem contribuído para grandes avanços no seio dos direitos humanos e no para o direito internacional no geral.

Inspirado neste modelo podemos então perceber de que forma seriam tratadas as queixas no seio deste novo Tribunal podendo desde logo definir como principal função a prevenção de violações aos Direitos Humanos, em primeiro lugar, e num esforço para combater um fenómeno de “pay to violate”⁸⁰ que ocorre quando um Estado retira maior vantagem da violação de um Direito Humano comparativamente à indemnização a que está obrigado então prefere a conduta ilícita, surge o aumento das penas e indemnizações, na realidade tentar criar uma moldura “penal” suficientemente grave que servisse para dissuadir futuros comportamentos violadores.

Depois desta solução surge-nos outra que não incide sobre a medida da pena, mas sim sobre uma suposta consequência política e social. Parece relativamente evidente que as sociedades transnacionais possuem um grande poder económico, muitas vezes equiparado ao dos Estados e como tal a sanção pecuniária pode não ser dissuasiva de comportamentos ilícitos, o mesmo se pode dizer para os Estados

Assim sendo podemos considerar dois planos, relativamente aos Estados a questão política e social tem muito peso, colocar um Estado numa acesa discussão pública sobre determinada violação pode ter efeitos sociais e políticos que sirvam de dissuasor de comportamentos ilícitos, para além de toda a questão de reputação internacional; relativamente às sociedades o elemento política não é tão importante mas o da reputação assume um grande peso, desta forma, uma sentença que tivesse um efeito negativo na reputação de uma sociedade seria muito mais nocivo que uma obrigação de indemnizar.

Uma outra questão que convém apurar caso se avance para um novo Tribunal é os casos que estão sob a sua jurisdição; para ilustrar esta ideia olhemos para o caso *Benkovic v Belgium* onde se questionou se os bombardeamentos sobre cidadãos sérvios estariam sob a alçada do Tribunal Europeu. A resposta do Tribunal foi consonante com o artigo 1, aplica-se o disposto na Convenção, uma vez que a Sérvia não é Estado-Parte nesta convenção então o Tribunal não se considerou competente para conhecer do caso. A questão da extraterritorialidade teria de ser bem explorada de forma a quês não ficassem casos para resolver como este ficou. Para tal dever-se-ia acordar com os Estados exatamente onde começava a jurisdição dos Estados e onde acabava, tanto em termos de jurisdição matéria como em termos de jurisdição territorial, perceber também que esta área dos direitos humanos dependente seriamente do contributo dos Estados como já ficou

⁸⁰ Esta não é uma questão puramente teórica uma vez que já foi praticada pela Rússia e Turquia;

abundantemente demonstrado anteriormente neste trabalho, o que leva a uma obrigação de que a comissão que estaria responsável pela criação deste tribunal tivesse uma relação estreita com os Estados de forma a evitar ao máximo lacunas ou “black holes” por onde as sociedades pudessem escapar à punição pelas suas violações aos direitos humanos.

Em suma é um processo que não se afigura nada fácil, existem muitos interesses em jogo nomeadamente entre os Estados mais fortes e os Estados mais fracos, o que tem acontecido ao longo da história, por outro lado há um grande perigo que tem de ser pensado, muitas vezes assistimos no Direito Internacional a uma espécie de “política dos vencedores”, ou seja, tal como o mau exemplo da Sociedade das Nações que integrava os interesses dos vencedores e dos Estados que dominavam o panorama internacional nos ensinou não devemos deixar que nenhuma tentativa de elaboração de uma convenção internacional se transforme numa parcialidade e numa reflexão dos interesses dos mais fortes. Este Tribunal deve, portanto, tratar os interesses a um nível internacional, tendo em conta os interesses individuais, claro, mas nunca esquecendo que o que se pretende é o bem da comunidade internacional e não de certo Estado. Acrescentar ainda que toda e qualquer decisão que seja necessário tomar deve ser votada da forma mais imparcial possível para que se minimizem as injustiças e as disparidades e este seja de facto um tribunal para todos.

VIII. Grupo de Trabalho da Comissão das Nações Unidas sobre Direitos Humanos

1. Introdução ao Grupo de Trabalho da Comissão das Nações Unidas sobre Direitos Humanos

Como grande consequência de todo este processo político e jurídico que tentei definir e apresentar neste trabalho surge o esforço internacional que tem como objetivo último a elaboração de um instrumento jurídico vinculativo e regulador das situações de violação dos direitos humanos pelas sociedades internacionais. Como ficou demonstrado não é o primeiro movimento a pretender isto, no entanto, creio ser o que mais probabilidade tem de conseguir atingir o seu objetivo por várias razões, em primeiro lugar, é um esforço internacional que conta com o apoio das Nações Unidas, a organização internacional mais representada mundialmente, bem como com a participação de muitos outros Estados que

não são membros desta organização internacional; em segundo lugar reúne não só Estados mas também organizações internacionais, organizações representativas das sociedades transnacionais e dos interesses corporativos e organizações de trabalhadores, reutilizando o modelo da multiplicidade de interesses representados que foi adota pela Organização Internacional do Trabalho pela primeira vez; em terceiro lugar porque se nota que as evidências da evolução social levam a que seja inquestionável a necessidade de se criar uma convenção que regule estas matérias bem como uma evolução do direito internacional que torna possível a regulação destas matérias através de um documento vinculativo para as sociedades transnacionais. Por tudo isto creio que faz todo o sentido abordar em pormenor as atividades desenvolvidas por este Grupo de Trabalho bem como avaliar e entender as várias contribuições que foram requeridas por este Grupo a todos os intervenientes para percebermos qual o real alcance desta Convenção.

Importa antes de percebermos os contributos dos participantes bem como os relatórios e o que se passou nas sessões mais aprofundadamente, perceber o que levou à criação deste Grupo de Trabalho bem como os objetivos que se pretendem alcançar com esta iniciativa.

Em primeiro lugar cabe referir que este Grupo de Trabalho foi criado na sequência da resolução 2005/69 de 20 abril de 2005 da Comissão Sobre Direitos Humanos que estabeleceu o mandato do Representante do Secretário Geral. Esta iniciativa tem em conta os “Guiding Principles on Business and Human Rights” e todo o trabalho desenvolvido pelo Human Rights Council e pela Comissão dos Direitos Humanos.

Em segundo lugar começa por referir aquilo que temos dito ao longo de todo este trabalho, a principal obrigação de monitorizar e garantir o cumprimento dos direitos humanos por parte de qualquer agente que atue dentro da sua jurisdição, por outro lado reconhece-se a extrema importância das sociedades no contexto presente da realidade internacional e dentro desta ideia a importância da responsabilidade social corporativa que tem um traço muito importante na ação da sociedade e assume também uma função de facilitar e tornar mais efetivos os mecanismos que visam garantir o respeito pelos direitos humanos nas praticas corporativas.

Quanto á estrutura que os trabalhos do Grupo de Trabalho vão seguir propuseram-se duas sessões de trabalho para discussão da forma, do alcance jurídico e de outras questões relativas à forma deste instrumento e que na primeira sessão se reúna um conjunto de contributos escritos de todos os participantes de forma a perceber qual o interesse de cada

um para se estabelecer uma base de trabalho, contando para isso com a participação não só de Estados mas também de organizações não governamentais, de associações que representam os interesses das sociedades e também as associações que representam os interesses dos trabalhadores de forma a se obter um consentimento o mais alargado possível.

2. Sessões de Trabalho

2.1 1ª e 2ª Sessões de Trabalho

Nesta secção do trabalho irei dedicar algum tempo á análise das sessões do Grupo de Trabalho bem como as conclusões a que se foi chegando com o avançar das negociações, dizer também que foi por ocasião da primeira sessão de trabalho que se pediu aos Estados e a outras organizações internacionais contribuições escritas sobre os seus posicionamentos e opiniões relativamente á elaboração dessa convenção, assim sendo irei fazer um resumo destas posições porque considero que assumem uma importância vital na análise destes temas para percebermos o que é que a comunidade internacional pensa sobre este tema.

Relativamente à primeira sessão esta foi, tal como indicado anteriormente, uma espécie de primeira auscultação aos participantes para perceber quais seriam as suas ideias e o seu estado de espírito relativamente ao projeto que este Grupo de Trabalho pretendia prosseguir; em conformidade com isto foram pedidas contribuições relativas este tema bem como outras sugestões que estes participantes pudessem ter, aliás o ponto do novo tribunal para as sociedades transnacionais e os direitos humanos foi proposto nalgumas destas contribuições que iremos analisar depois da análise desta primeira sessão.

Quanto a esta sessão, foi iniciada com a visualização de um vídeo sobre as violações aos Direitos Humanos que ocorrem por todo o mundo, de seguida reconhece-se que existe de facto uma necessidade de regular estas matérias, por outro lado reconhece-se a importância de um esforço de entendimento interestadual como melhor maneira de atingir os objetivos propostos neste Grupo de Trabalho; por fim referir que se enfatizou a questão da inexistência de um conflito entre a aprovação deste projeto de convenção e o interesse corporativo.

Quanto ao que foi dito durante esta sessão, foi referido que a criação deste documento teria como principal motivo, para além da garantia do respeito pelos direitos humanos, a resolução ou eliminação de algumas falhas e lacunas no tratamento das violações destes direitos por entidades privadas, nomeadamente as sociedades; por outro lado assume também uma grande importância na garantia de que os mecanismos de monitorização e garantia do acesso à justiça em caso de violação dos direitos humanos que existem atualmente, sejam efetivamente utilizados bem como a garantia da criação de novos mecanismos de forma a permitir um pleno acesso à justiça nestes casos.

Na 2ª sessão foi também referida a necessidade de se encontrar um equilíbrio entre reconhecimento de direitos às sociedades transnacionais por um lado e por outro as garantias económicas que são dadas a estas sociedades.

Foram também efetuadas variadas intervenções ao longo da sessão por Estados e organizações não governamentais, algumas das mais importantes e contributivas foram em primeiro lugar as que reiteram a necessidade de um documento jurídico único e claro que seja garantia do tratamento destas questões bem como a necessidade desta convenção respeitar os princípios gerais de direito internacional bem como os princípios específicos presentes nos direitos humanos; em segundo lugar foi igualmente referido, embora de forma pouco representativa, que o esforço de elaboração desta convenção era desnecessário pois não havia qualquer necessidade de uma convenção nova que regulasse a questão mas sim que se deveria ter em atenção e conferir mecanismos de aplicação aos “Guiding principles”, no entanto esta intervenção não acolheu simpatia em nenhum dos outros intervenientes e acabou por não constituir motivo de grande discussão; em terceiro lugar colocou-se uma questão interessante e que deveria ser explorada, por um lado qualquer mecanismo regulatório internacional que visasse esta questão deveria ter em atenção e utilizar como base os avanços internacionais que se realizaram até esta altura e, por outro lado, a questão interessante surge quando se propõe que subjacente à criação desta convenção deveria estar presente uma hierarquia normativa de direito internacional que esclarecesse e definisse a supremacia dos direitos humanos sobre os outros direitos.

Um outro aspeto importante e que foi referenciado nesta sessão foi que a construção de um documento jurídico vinculativo para as sociedades transnacionais teria como principal resultado a eliminação da impunidade de muitas sociedades quando cometem atos suscetíveis de violar os direitos humanos, por um lado esta imunidade seria reduzida uma vez que existiriam mecanismos que asseguravam a justiça, também por existir um

documento vinculativo para estas e que viria a reforçar o caso contra as sociedades e, por outro lado, porque aumentaria a pressão sobre as sociedades para que as suas atitudes fossem conformes aos direitos humanos pois a própria comunidade internacional estaria mais atenta às suas condutas. Houve igualmente quem questionasse o escopo matéria de aplicação desta convenção, caso fosse apenas para violações manifestas e facilmente perceptíveis dos direitos humanos estaríamos a deixar passar em claro muitas situações em que as violações não são tão evidentes ou não assumem uma dimensão tão considerável, como tal deveríamos ter um escopo que permitisse o tratamento de qualquer violação aos direitos humanos.

Cabe agora referir alguns dos princípios que foram adotados durante esta sessão de trabalho; em primeiro lugar surgiu a necessidade do equilíbrio entre o respeito pelos direitos humanos e a obrigação dos Estados zelarem pelo seu cumprimento nos seus territórios e a atração de investimento, nomeadamente por parte de sociedades, ou seja não deve haver uma obrigação tão forte que estrangule as regras e o funcionamento dos mercados nacionais nem deve impor aos Estados obrigações que constituam desvantagens competitivas com outros Estados; em segundo lugar surge a necessidade desta convenção abranger todos os direitos humanos que podem, em abstrato, ser violados nas condutas sociais, e aqui acrescento eu que tanto o podem ser por via direta, como a não discriminação e a remuneração justa, como por via indireta, como o direito à educação ao não permitir o trabalho infantil; em terceiro lugar abre-se a possibilidade de não só as sociedades transnacionais estarem sujeitas a esta convenção mas também as instituições financeiras internacionais, como por exemplo o Fundo Monetário Internacional e o “World Bank”, utilizando para isto os mesmos argumentos que foram utilizados a propósito das sociedades transnacionais como a importância económica e a influência nas condições sociais dos cidadãos, estarem sujeitas às obrigações que emanam desta convenção; em quarto lugar surgem algumas ideias relativas às sociedades transnacionais, por um lado reforçar a ideia que as sociedades transnacionais não devem ser vistas como um obstáculo ao desenvolvimento dos direitos humanos mas sim como uma parte integrante desse desenvolvimento, e, por outro lado, que deveria estar presente nesta convenção um preceito que responsabilizasse diretamente as sociedades transnacionais por violações dos direitos humanos e não uma violação indireta, através dos Estados, como parece ser a tendência.

Uma outra questão que é importante considerar reside na proteção especial que deve ser dada às minorias e aos grupos de risco; esta convenção deve refletir os valores da igualdade, do esforço de integração de minorias e na especial proteção dos grupos de risco, sendo que para tal podem ser tomadas medidas de inclusão corporativas e concursos especiais com vista à inclusão na estrutura corporativa de pessoas nestas condições.

Um das principais questões que presidia a esta sessão de trabalho era a responsabilidade e o papel dos Estados nesta questão, foi então dito que são estes os principais responsáveis pela monitorização e garantia do cumprimento dos direitos humanos mas foi igualmente referido que os mecanismos de acesso à justiça nacional bem como as legislações nacionais não eram suficientes para garantir este cumprimento, assim sendo faz sentido que estes tenham novos mecanismos internacionais que garantam que, em caso de insuficiência dos seus próprios mecanismos, existe um conjunto de ferramentas internacionais que visam garantir o acesso à justiça quando corram violações deste género; em segundo lugar coloca-se a questão de se aplicar o princípio da extraterritorialidade que permitiria que um Estado que não aquele onde ocorrem as violações atuasse contra a sociedade violadora, esta medida teria um grande resultado na garantia do respeito pelos direitos humanos, por duas razões, a primeira porque aumentaria a possibilidade de uma litigação contra a sociedade e faria com que esta, por saber disso, tentasse evitar condutas que a pudessem prejudicar, a primeira razão prende-se com a questão que foi referida anteriormente que opõe o “Host State” ao “Home State” e que resultaria numa possível exploração, por parte da sociedade, de uma fragilidade do Estado onde esta pratica a sua ação que incapaz de prosseguir com uma litigação poderia ser mais suscetível a que praticas violatórias fossem praticadas nos seus territórios, no entanto com esta solução o “Home State” poderia iniciar um processo contra a sociedade, não havendo assim possibilidade de aproveitamento desta fragilidade do Estado onde atua.

É precisamente neste contexto estatal que surge uma preocupação referida durante a segunda sessão de trabalho que é a obrigação de uma maior atenção quanto às zonas de conflito e zonas ocupadas; esta preocupação surge na consequência do que foi referido anteriormente quanto aos Estados onde não existe um poder central forte, seja porque existe um conflito armado que ameaça a existência de um poder central estabelecido, seja porque o poder não apresenta características que deem a entender que os direitos são devidamente aplicados, como por exemplo nos regimes autocráticos, ou seja porque não

existe um poder central, sendo que nestas zonas a ação das sociedades transnacionais pode extravasar o limite da legalidade uma vez que não existe qualquer controlo das suas ações pelo Estado; como tal deveria ser dada uma especial atenção a estas situações na convenção, talvez como uma exceção ao princípio da não ingerência em assuntos externos.

Seguidamente farei uma análise de algumas das mais importantes contribuições que os Estados e as organizações não governamentais foram convidadas a fazer por ocasião desta segunda sessão e que poderá ser um bom ponto de partida para percebermos qual a vontade da comunidade internacional em proceder à elaboração deste documento.

2.1.2 Declarações enviadas por ocasião da 1ª e 2ª Sessões de Trabalho

União Europeia

A posição da União Europeia nesta matéria assume-se como crítica desta proposta por razões que se prendem, por um lado, com a existência de um instrumento suficiente de regulação e, por outro lado, com uma insuficiência no escopo do projeto.

Quanto à primeira crítica é importante perceber que a violação dos direitos humanos não surge de uma inexistência de instrumentos reguladores, mas sim da inaplicabilidade dos existentes, ou seja, as Guidelines acima referidas são um instrumento bastante preciso e abrangente nesta área o que o permite ser a principal base jurídica nesta questão, como tal não existiria uma necessidade de um novo documento, mas sim uma aplicação dos existentes, nomeadamente as Guidelines.

A segunda crítica, por sua vez, prende-se com o reduzido escopo do instrumento sugerido, afirma a União Europeia que apenas visar as sociedades transnacionais não faz sentido uma vez que 90% das transações económicas no seio da União Europeia são feitas por pequenas e médias empresas (PME), este grande volume faz prever que muitos abusos são também cometidos por estas entidades e como tal não se afigura razoável deixá-las de fora dos destinatários do instrumento.

Um terceiro aspeto que não se apresenta exatamente como uma crítica é a forma como este novo instrumento se iria adequar com o catálogo referido anteriormente. O seu funcionamento operacional também se torna duvidoso e por fim fazem notar que a falta de um instrumento único não justifica a falta de intervenção a um nível nacional.

Em abono da verdade esta foi a única contribuição que não apresentou grande entusiasmo nem apoio relativamente a esta ideia, ao invés disso a União Europeia apresentou um conjunto de críticas que podem ser vistas como uma precipitação política e uma intervenção pouco refletida senão vejamos, a primeira crítica que é apresentada está relacionada com a inexistência de necessidade de elaboração de um novo documento uma vez que apenas seria necessário efetivar a aplicação dos “Guidelines”, ora este argumento não procede por três razões, em primeiro lugar porque este documento não se apresenta como uma convenção ou como qualquer documento que pretende ser vinculativo, não é essa a sua estrutura nem o seu objetivo; em segundo lugar o esforço de adaptação e de transformação que seria necessário iria equivaler a uma negociação nova; por fim o terceiro argumento é o de que a aplicação deste documento poderia levantar delicados problemas políticos nomeadamente por parte dos Estados que não tiveram qualquer participação na elaboração das “Guidelines” e como tal poderiam recusar, por esse motivo, a sua aplicação.

A segunda crítica que é apresentada nesta intervenção é o reduzido escopo de aplicação uma vez que se aplica apenas a sociedades transnacionais e não a todas as sociedades comerciais; este argumento faz sentido, no entanto, quer-me parecer que é claro o objetivo da ideia de aplicação apenas ser relativo a sociedades transnacionais uma vez que estas, pela sua complexidade hierárquica bem como pela sua estrutura, tornam muito difícil o controlo das suas atividades bem como, caso haja violações de direitos humanos, conseguir responsabilizar os autores perante a justiça. Não obstante isto parece-me evidente que o argumento faz sentido, dando até origem à introdução da expressão “(...) and other business enterprises”, pois se pretende que a convenção abranja o maior número de casos possível.

De referência ainda a estas observações importa notar que na 2ª sessão foram referidas estas mesmas críticas notando a pertinência da que se refere à pouca abrangência material desta convenção por não referir as pequenas e médias empresas, ora nesta sessão foi referida esta preocupação e notou-se que existia sentido nisto e como tal como o principal objetivo deste Grupo de Trabalho é acabar ou reduzir ao máximo as violações dos direitos

humanos integrou-se estas sociedades que não são consideradas transnacionais pelos critérios que acima referimos mas que têm um importante papel no respeito pelos direitos humanos e como tal a sua inclusão respeitaria o fim e o objetivo proposto para a criação deste Grupo de Trabalho.

International Federation For Human Rights

É do entendimento desta entidade que um documento único iria ajudar a solidificar e assegurar uma proteção efetiva dos lesados. Sendo que nestes caso o principal problema que se coloca é a dificuldade no acesso à justiça e para mitigar este problema propõe-se que os lesados possam aceder à justiça no seu Estado, mas também no Estado da sociedade violadora, por outro lado propõe-se também que todos os Estados que tenham jurisdição sobre a sociedade possam possibilitar o acesso à sua justiça.

Devem ser elencadas no documento todas as obrigações que resultem de Tratados Internacionais e Locais de forma a que se respeite o princípio da unidade e indivisibilidade dos DH.

Mais uma vez se refere a aplicação a todas as sociedades comerciais.

International Business Community

Esta entidade entende que as “Guidelines” têm sido um grande motor nesta questão, de tal forma que são incluídos nas suas práticas.

Seguindo a visão da UE não estamos perante uma necessidade de regulação, mas sim da necessidade de efetivação da regulação existente, principalmente das “Guidelines”; na realidade vai-se mais longe ao afirmar que um novo documento levaria até 10 anos a ser finalizado e efetivado sendo assim mais produtivo partir do que há e trabalhar na sua efetivação.

Crítica recorrente aparenta ser a da universalidade da aplicação deste instrumento, as “Guidelines” são aplicáveis a qualquer sociedade e, portanto, não faria sentido limitar esta aplicação, não seria também justificável excluir as sociedades nacionais.

De referir ainda que o acesso à justiça tem de ser trabalhado com especial cuidado e obrigar a um esforço para se desenvolver o acesso à justiça nos países onde as violações ocorrem.

Cuba

De referenciar em primeiro lugar que os princípios que norteiam este documento devem ser indicados e que as normas devem ser apresentadas de forma expressa para evitar erros de interpretação.

Cuba não parece acompanhar a lógica da excessiva limitação do escopo do instrumento, afirmando que o crescente papel socioeconómico das sociedades transnacionais fundamenta um regime jurídico especialmente cuidadoso e exigente, o que justifica a discriminação.

Cuba propõe também a integração de um preceito nas ordens jurídicas dos Estados onde seja permitido que o Estado obrigue as suas sociedades a cumprirem os Direitos Humanos mesmo quando estes atuam fora da sua fronteira. Uma ideia interessante para facilitar esta questão seria a criação ou aperfeiçoamento/ aclaramento de normas que permitam/facilitem a definição da nacionalidade de uma sociedade.

Brasil

O Brasil propõe que o tratado tenha densidade e força suficiente para que seja um contrapeso nas negociações empresariais e impossibilite a colocação em causa dos DH; por outro lado consagrar que os DH têm hierarquia superior aos valores empresariais.

Outro ponto importante será a consagração das sociedades transnacionais como sujeitos de Direito Internacional, na realidade estes já se afiguram como tal quando reclamam os

seus direitos, para além do mais não as considerar como tal seria permitir a sua fuga ao respeito pelo Direito Internacional e aos DH por acréscimo.

Relativamente aos estados o documento deve prever a aplicação da jurisdição universal e a criação de mecanismos de cooperação entre os Estados, por outro lado tornar mais claros os parâmetros que tornem mais nítida a aproximação entre a ação do Estado e a ação da sociedade.

Global Campaign

Uma proposta interessante veio deste conjunto de Organizações Não Governamentais e que consiste na criação de um tribunal para as questões relacionadas com as sociedades transnacionais e DH. Este tribunal seria complementar dos restantes mecanismos já existentes e para funcionar plenamente deve ser independente da ação das Nações Unidas.

Como grande vantagem da criação deste tribunal apresenta-se a redução da assimetria existente entre os mecanismos de proteção das empresas transnacionais e a ausência de mecanismos de controlo das suas ações. As vantagens e desvantagens bem como a viabilidade deste projeto já foram referidas anteriormente.

2.2 3ª Sessão do Grupo de Trabalho

Começar por dizer que esta sessão serviu, essencialmente, para clarificar e esclarecer algumas questões que ainda permaneciam algo indefinidas e turva, no entanto, serviu para mais que isso, serviu para demonstrar e assegurar que de facto existe uma vontade muito grande se proceder à elaboração desta convenção. A reunião adotou a estrutura que uma convenção futura iria ter, ou seja, incluiu as matérias relativas à jurisdição, à parte geral, ao escopo de aplicação, aos mecanismos de fiscalização e monitorização do cumprimento dos direitos humanos e por fim do acesso à justiça, entre outras disposições que normalmente figuram numa convenção internacional. Assim sendo irei analisar os principais contributos que foram dados nesta sessão para depois precipitar o fim deste trabalho com as conclusões que julgo oportunas referenciar.

Uma declaração que surge como muito importante diz-nos que nos nossos dias a publicidade assume um papel fulcral na forma como nos conduzimos as nossas ações e, como tal, a transparência e a clareza das práticas, mas também dos mecanismos de fiscalização e garante do respeito pelos direitos humanos poderia conduzir a que novos passos fossem dados por outras entidades e que os próprios privados pudessem ser influenciados positivamente por esta doutrina de respeito pelos direitos humanos.

Outro contributo importante foi também a apresentação dos 3 objetivos gerais desta convenção, o primeiro dos quais é assegurar o respeito e o cumprimento dos direitos humanos; em segundo lugar surge a garantia de que os mecanismos de garantia do cumprimento dos direitos humanos são efetivos e constituem um verdadeiro acesso à justiça; e por fim no terceiro lugar surge a promoção da cooperação internacional e o reforço dos laços de entreatajuda entre a comunidade internacional.

Uma questão que foi levantada e que merece a nossa atenção é a que reside no facto de esta convenção ser uma preocupação específica com os direitos que estão relacionados com o ambiente trabalho, num sentido lato poder-se-ia falar em direitos laborais, e como tal se estar a constituir uma hierarquia de valores que quase assume que estes direitos assumem primazia sobre os restantes o que iria contra os princípios básicos de direitos humanos como sendo a indivisibilidade, a universalidade e a independência, no entanto esta questão foi respondida pelo moderador desta sessão que referiu que nenhuma hierarquia está a ser criada mas que se assiste a uma maior preocupação com os direitos humanos que podem ser prejudicados ou violados pelas ações das sociedades transnacionais.

Igualmente importante é destacar que o princípio da extraterritorialidade poderia ter algumas implicações na autonomia e independência política de cada Estado, o que não deixaria de ir contra a própria ideia de autonomia nacional e interdependência territorial que está exposta no preambulo desta convenção.

Quanto ao âmbito de aplicação desta convenção, começar por destacar que esta convenção se pretende aplicar a todas as sociedades comerciais que não exclusivamente aquelas que possuam um grande lucro, que tenham uma determinada estrutura ou que a estrutura seja complexa ou até mesmo que tenham uma hierarquia de poder que obrigue a cuidados especiais; o que se pretende é ter uma convenção que integre na sua jurisdição todas as praticas corporativas capazes de provocar um risco de violação de direitos

humanos, ou seja, o foco está muito mais nas atividades desempenhadas por estas sociedades do que em requisitos de tamanho ou lucro. Poder-se-á, no entanto, perguntar se este entendimento não incluiria também as sociedades nacionais, ou seja que não têm ligação com mais que uma jurisdição, e a resposta a esta questão foi também dada nesta sessão onde se diz que estas sociedades já estão suficientemente reguladas pelo direitos nacional, mais uma legislação a aplicar obrigaria a esforços de harmonização com legislações internas e até possíveis conflitos relativos a leis a aplicar; para além disto não existe uma real necessidade de se regular estas matérias a um nível internacional como existe nas questões das sociedades transnacionais.

Uma outra observação interessante que convém ter em conta é a que reside na ideia de que as sociedades transnacionais estariam vinculadas às obrigações internacionais decorrentes da violação dos direitos humanos, ora tal imputação poderia conduzir a situações em que o Estado delegasse no setor privado as suas obrigações públicas; no entanto e apesar disto sugere-se que as sociedades possam ser responsabilizadas, a título excecional, pela violação de obrigações internacionais, mas sempre com base numa definição clara e concreta do que é uma prática ilícita que deverá fazer parte da convenção.

Outra parte importante desta sessão de trabalho é a parte relativas às medidas preventivas que assentam em dois vetores principais, o primeiro está relacionado com a prevenção de atos realizados por sociedades transnacionais que violem os direitos humanos, o segundo vetor reside na prevenção e combate a um fenómeno denominado “Corporate capture” que se traduz na possibilidade de uma sociedade transnacional utilizar a sua influência junto dos órgãos decisórios de direito quer nacionais quer internacionais para que estes deixem passar em claro possíveis violações e condutas que constituem um risco grande de violação destes direitos.

Como já foi abundantemente referido ao longo deste trabalho um ponto muito importante nesta matéria é o efetivo acesso à justiça e a elaboração de mecanismos que efetivem e permitam este mesmo acesso; neste sentido foi apresentada uma proposta que dizia que estes mecanismos deveriam ser fáceis e diretos para permitir que qualquer pessoa, especialmente as minorias e os grupos de risco não obtivessem qualquer obstáculo quando pretendem aceder à justiça, por outro lado dever-se-ia ter uma especial atenção quando alguns dos elementos, pela sua especial fragilidade na sociedade, pretendem aceder à justiça.

Por outro lado foi também apresentada uma solução processual que visava reduzir o tempo necessário para a tomada de uma decisão dos tribunais relativamente a estes processos, para tal propôs-se a inversão do ónus da prova de forma a facilitar a obtenção de provas e assim agilizar o processo bem como facilitar a entrega de documentos que se revelem essenciais para o decorrer no processo; o que se pretende com estas medidas é assegurar que a justiça chega em tempo útil para ainda fazer efeito e que a situação não se perpetua prejudicando sociedades e cidadãos. Por outro lado e igualmente importante surge a ideia de que, durante o período em o processo decorre, os sujeitos privados deveriam ser protegidos de qualquer ameaça, pressão ou chantagem por parte das sociedades e que assim estas conseguissem obstar a que o julgamento prosseguisse; por fim referir ainda a necessidade de prevenir que no período pós processo a parte que acusou seja alvo de qualquer tipo de retaliação, quer esta se passe caso a pessoa seja reintegrada na sociedade ou caso saia da sociedade, por parte da parte acusada.

Uma outra parte que considero importante nesta questão é a não repetição da conduta ilícita; esta situação pode ocorrer se pensarmos numa conduta que quando foi praticada pelas sociedades constituiu um grande lucro para esta o que poderia significar que é mais lucrativo para a sociedade repetir a violação e pagar o valor previsto na sentença do que cessar esta prática, o perigo é de facto real. Assim a sentença tem de constituir um verdadeiro obstáculo à realização de práticas ilícitas por parte das sociedades para que estas não a voltem a repetir, importa, porém, não esquecer que qualquer sentença está sempre sujeita ao princípio da proporcionalidade e como tal não podemos ter sentenças com penalizações exemplares que constituam desproporcionalidades face ao tipo de ilícito cometido.

Para finalizar, uma outra sugestão que convém ter em atenção e que permitiria uma maior certeza no acesso à justiça é a criação de um centro ou de um comité que permitisse que as pessoas que foram alvos de alguma conduta violatória pudessem apresentar a queixa e receber alguma orientação face aos passos que devem percorrer dali para a frente. Esta medida iria combater alguma dificuldade inerente a qualquer leigo, e mesmo não leigo, quanto aos mecanismos de acesso aos tribunais internacionais e os variados motivos para justificar a sua pretensão com base no direito internacional.

Em suma este trabalho desenvolvido pelo Grupo de Trabalho está longe de estar finalizado, no entanto é já possível perceber algumas ideias que podem ser fulcrais para o avanço para uma verdadeira convenção que regule a violação dos direitos humanos pelas

sociedades transnacionais; algumas coisas são já certas, em primeiro lugar seriam os Estados os principais destinatários desta convenção e seria deles o maior esforço de monitorização das condutas corporativas; em segundo lugar é de facto necessário assegurar que as sociedades transnacionais regulam as suas ações pelo respeito pelos direitos humanos já que estas têm uma grande importância no panorama social e económico; em terceiro lugar quer-me parecer evidente que esta convenção não teria qualquer sucesso sem a existência de uma larga base de apoio que a suportasse, não só de Estados mas sobretudo de Organizações Internacionais, especialmente aquelas que representem os interesses das sociedades e os interesses dos trabalhadores; em quarto lugar não faria igualmente sentido aprovar uma convenção sem ter a certeza absoluta que existem mecanismos que permitam que qualquer particular que sofreu uma violação dos seus direitos possa aceder à justiça e tenha as garantias de um processo equitativo e de uma justiça célere; e por fim só faz sentido falar nesta questão se antes tivermos em atenção que a realidade obriga a que se legisle nesta questão e que esta mesma realidade obriga igualmente a que haja um esforço de colaboração entre todos os interessados para que, num primeiro plano se elabore e se aprove esta convenção e, num segundo plano, para que todos garantam que uma vez aprovada esta convenção irá ser aplicada por todos e todos irão auxiliar, esquecendo os próprios interesses, no seu efetivo cumprimento.

IX. Conclusão

Tendo feito uma viagem pela evolução histórica quer dos direitos humanos quer das sociedades transnacionais chegámos à fase em que cabe pesar tudo o que foi dito e perceber qual o caminho que temos ainda a percorrer bem como quais as conclusões que retiro sobre este tema; por fim cabe ainda perceber a resposta às perguntas sobre as quais baseei o meu trabalho e que referi na introdução, em primeiro lugar perguntar se é possível vincular as práticas das sociedades transnacionais aos direitos humanos, em segundo lugar surge a questão da possibilidade jurídica e política de a perguntar anterior se concretizar e, por fim, em terceiro lugar perceber quais os passos necessários bem como qual o melhor caminho para que as perguntas anteriores se tornem possíveis e se lhes responda de forma afirmativa. Irei, portanto, procurar responder a estas perguntas ao

longo desta conclusão utilizando para tal os argumentos que foi adiantado durante este trabalho.

Começar então pelo caminho que ainda temos a percorrer para que se aplique de facto os direitos humanos às sociedades transnacionais; em primeiro lugar e tal como já foi referido muito daquilo que são os avanços no direito internacional está dependente de uma grande harmonização e interligação de interesses políticos e económicos, como tal e como os principais portadores são os Estados e como são estes os principais responsáveis pela formação do direito internacional convém ter em atenção que qualquer tentativa de inovação em termos de direito internacional ter de contar com o apoio dos Estados.

Por outro lado, a evolução da sociedade conduziu a que o interesse económico se sobrepusesse a muitos outros, incluindo ao poder político, o que significa que cada vez mais a economia define a realidade internacional; mais do que a realidade, altera a política, muitos Estados regulam e orientam as suas políticas tendo em conta um potencial lucro que delas possam resultar. Paralelamente a esta situação surge a ascensão de novas realidades internacionais tais como as sociedades transnacionais, que surgem de um contexto económico de maior preocupação com a saúde financeira e de políticas estatais que visam uma maior liberdade corporativa e que potenciam que estas realidades cresçam e tenham margem para agir no panorama internacional.

É precisamente neste equilíbrio entre o Estado e as sociedades transnacionais que nos situamos, por um lado surgem as obrigações estatais, nomeadamente na obrigação de garantir aos seus cidadãos que os direitos humanos destes são cumpridos, e por outro os interesses corporativos, o que significa que existe uma necessidade de se intervir juridicamente de forma a estabelecer um verdadeiro vínculo entre a obrigação de respeito pelos direitos humanos e o papel essencial que as sociedades corporativas desempenham num contexto social e por apresentarem um potencial risco de, nas suas relações laborais, praticarem ações que possam violar direitos humanos.

Percebida esta conexão torna-se indiscutível a premência de se legislar nesta matéria, não obstante isto existem obstáculos a ultrapassar; em primeiro lugar convém estabelecer que é possível vincular normas de direito internacional a sujeitos de direito privado, que não os indivíduos; esta questão além de ser bastante controvertida em termos doutrinários uma vês que há quem considere que estes não são verdadeiros sujeitos de direito

internacional⁸¹, no entanto creio que hoje se justifica, por todos os argumentos utilizados no capítulo referente a esta matéria mas também pela enorme importância que estas entidades têm nos direitos humanos e no seu cumprimento, que se tratem e considerem sociedades transnacionais como verdadeiros destinatários das obrigações de direito internacional. Ultrapassando estas questões parece-me que o caminho a percorrer é o de legislar sobre a matéria que me propus a tratar, é necessário que exista um mecanismo legal que de facto assegure que as sociedades transnacionais cumprem e estão vinculadas ao cumprimento destes direitos, mais que isso é preciso garantir que aquando da coocorrência de violações aos direitos humanos é dada às pessoas que foram vítimas destas mesmas violações a garantia do acesso ou, no mínimo, de mecanismos que facilitem este acesso à justiça bem como da existência de garantias de um processo justo e equitativo; mais que isso é necessária a existência de um documento jurídico claro e inequívoco que facilite a imputação de condutas às sociedades e o regime jurídico a utilizar nestes casos.

Ainda quanto a este documento as conclusões que foram retiradas das sessões de trabalho do Grupo de Trabalho da Comissão dos Direitos Humanos permitem que se retirem algumas conclusões, em primeiro lugar devem conter a primazia da responsabilidade primária dos Estados pela garantia do cumprimento dos direitos humanos; em segundo lugar qualquer convenção relativa a esta matéria teria reunir todos os direitos humanos aplicáveis e por outro lado deveria conjugar estas novas disposições com os avanços referidos neste trabalho e com outros documentos que auxiliassem a sua interpretação; em terceiro lugar teria de assegurar que os problemas da sociedade atual estavam cobertos⁸² e que seria suficientemente abrangente para integrar futuros desafios; em quarto lugar parece-me evidente que deveria reunir uma larga base de apoio, reunindo à mesa das negociações todos os interesses relevantes nesta questão⁸³; em quinto lugar é fulcral que se assegure que existe um especial cuidado com as questões jurídicas relativas ao Estado de origem e ao Estado de atividade para também assim se resolver o problema referido da incapacidade de alguns Estados em monitorizar as atividades das sociedades; em sexto lugar, e talvez o aspeto mais importante que deve estar previsto nesta

⁸¹ Como foi referido tanto o Professor Eduardo Correia Baptista como o Professor Jorge Bacelar Gouveia consideram que não estamos a falar verdadeiramente de uma constituição como sujeitos de direito internacional, mas sim de uma imputação de certas obrigações a estas entidades;

⁸² Como por exemplo dedicar uma atenção especial às questões relacionadas com as minorias e os grupos de risco;

⁸³ À semelhança do que foi feito na “Tripartite Declaration” da Organização Internacional do Trabalho;

Convenção é a criação ou efetiva aplicação de mecanismos que permitam ou facilitem o acesso à justiça.

Em suma parece-me claro que existe um caminho a percorrer e que de facto a relação existente entre os Direitos humanos e as sociedades transnacionais é tão forte que, desde que se consigam incluir nas negociações os pontos que considere relevantes, seguindo assim as contribuições dadas durante a fase consultiva das sessões de trabalho, urge uma necessidade de se concretizar estas intenções num último ato consolidativo, a elaboração de uma Convenção internacional. Não me parece, porém, possível a criação de um novo tribunal só para estas questões, creio que ainda é demasiado cedo e que esta convenção deverá ser aplicada primeiro para depois se pensar nesta necessidade.

Concluindo eu existe uma convenção e percebida qual a sua estrutura e quais os princípios que nela devem constar deve-se responder positivamente às questões que coloquei; parece-me que existe uma vontade política e social para que esta convenção de facto se realize, basta ver pelo número de Estados que apresentaram contributos para esta discussão⁸⁴ e que de facto foi a grande vitória das sessões descritas neste trabalho, o de unir a comunidade internacional num esforço de potencialização dos direitos humanos; responder também positivamente à questão da possibilidade jurídica desta convenção se concretizar uma vez que os argumentos de semelhança entre o papel dos Estados na comunidade e os das sociedades, bem como a sua dimensão por vezes superior à de alguns Estados, conduzem a que se aceite aplicar esta convenção às sociedades transnacionais apesar dos argumentos da doutrina clássica; e por fim perceber que o que tem de ser feito a seguir é relativamente simples, conjugar os contributos dados ao longo dos anos com os contributos mais recentes e começar a construir um modelo, que até pode ter como base aquele que foi descrito neste trabalho, feito a pedido da Comissão responsável pela criação deste Grupo de Trabalho, e criar um documento vinculativo que ajude a que se estabeleça um verdadeiro regime da vinculação dos Direitos Humanos às Sociedades Transnacionais.

Em suma e em jeito de despedida dizer que creio que consegui demonstrar ao longo deste trabalho a evolução do fenómeno societário, a evolução da sociedade até ao ponto em que nos encontramos, onde tentei incluir as sociedades na sociedades e explicar a sua

⁸⁴ A única contribuição que se apresentou contrária às sugestões do Grupo de Trabalho foi a contribuição conjunta dos membros da União Europeia que depois voltou atrás na decisão e abraçou a discussão e acabou por concordar com muitas das ideias propostas;

importância em termos sociais e económicos; por fim dizer que tentei responder a algumas questões jurídicas que se colocam bem como demonstrar a importância deste Grupo de Trabalho bem como dos seus contributos em termos de possível estrutura e conteúdo; está então tudo pronto para uma Convenção Internacional, haja vontade de finalizar o que foi começado!

X. Bibliografia

Monografias

1. BAPTISTA, Eduardo Correia, Direito Internacional Público, Almedina, II;
2. BAPTISTA, Luis Olavo, Direito Internacional Público, Almedina, Tomo I;
3. BRANCO, Manuel Couret, Economics Versus Human Rights, Routledge, 2009;
4. CLAPHAM, Andrew, Human rights and obligations of non state actors, Oxford, 2006;
5. BUHMANN, Karin, ROSEBERRY, Lynn and MORSING, Mette, MACMILLAN, Palgrave (ed.), Corporate Social and Human Rights Responsibilities, 2011;
6. WALKER-SAID, Charlotte and KELLY, John D. (ed.), Corporate Social Responsibility? The University Of Chicago Press, 2015;
7. CRAWFORD, James, Brownlie's Principles of Public International Law, Oxford, 8th edition;
8. DE SCHUTTER, Olivier (ed.), Transnational corporations and human rights, 2006, Hart Publishing;

9. GOUVEIA, Jorge Bacelar, Manual de Direito Internacional, Almedina;
10. GIBNEY Mark, Beyond Individual Accountability: The Meaning of State Responsibility in Human Rights Protection in Global Politics
Responsibilities of States and Non-State Actors edited by Kurt Mills and David Jason Karp;
11. NOLAN, Aoife, O'CONNELL, Rory and HARVEY, Colin (ed.), Human Rights and Public Finance Budgets and the Promotion of Economic and Social Rights edited by, Hart Publishing, 2013;
12. JAMES, Stephen, Universal Human Rights Origins and Development, LFB Scholarly Publishing LLC, 2007;
13. JANET, Dine, Companies, International Trade and Human Rights, Cambridge, 2007;
14. JEDRZEJ, George Frynas and PEGG, Scott (ed.), Transnational Corporations and Human Rights, Palgrave. 2003;
15. JOSEPH, Sarah, Corporations and Transnational Human Rights Litigation, Hart Publishing, 2004;
16. Prof. Dr. SEIBERT-FOHR, Anja and Prof. Dr. VILLIGER, Mark E. (ed.), Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation edited by, Ashgate;

17. KARP, David Jason, Responsibility for Human Rights, Transnational Corporations in Imperfect States;
18. PALMER, Ellie, Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights Act, Hart Publishing, 2007;
19. RAWLS, John, A lei dos Povos e a Ideia de Revisão Pública Revisitada, tradução de “The Law of Peoples”, Edições 70, 2014
20. STILES, Kendall, State Responses to International Law, Routledge, 2015;
21. MINKLER Lanse (ed.), The State of Economic and Social Human Rights, Cambridge, 2013;
22. WETTSTEIN, Florian, Multinational and Global Justice Corporations, Stanford University Press, 2009;

Artigos

1. ENGSTRÖM, Viljam, Who Is Responsible for Corporate Human Rights Violations?
2. HSIEH, Nien-he, The Obligations Of Transnational Corporations: Rawlsian Justice And The Duty Of Assistance;

3. LETNES Bjørn, Transnational Corporations and Human Rights: Silencing the Ontological Controversy;
4. SCHEININ, Martin, International Organizations and Transnational Corporations at a World Court of Human Rights;
5. The Social Responsibility of Transnational Corporations, United Nations Conference on Trade and Development, 1999;
6. YUNUSOV, Khaydarali M., OK, Valeriya & OCHILDIYEV, Husniddin, The Roles and Responsibilities of Transnational Corporations with Regard to Human Rights;

Jurisprudência

1. X and Y vs The Netherlands;
2. I.G Farben Trial;
3. Tribunal de Relação de Coimbra, 29/09/2010;